DIE GEFÄLLIGKEITSVERHÄLTNISSE

Eine rechtsdogmatische Untersuchung

Zugleich ein Beitrag zum
sog. Handeln auf eigene Gefahr

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt
von
Harald Kallmeyer
aus Berlin

1968

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544311_0005

DIE GEFÄLLIGKEITSVERHÄLTNISSE

Eine rechtsdogmatische Untersuchung

Zugleich ein Beitrag zum
sog. Handeln auf eigene Gefahr

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt
von
Harald Kallmeyer
aus Berlin

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Berichterstatter: Professor Dr. jur. Karl Michaelis
Mitberichterstatter: Professor Dr. jur. Erwin Deutsch
Tag der mündlichen Prüfung: 10. Dezember 1968

Inhaltsverzeichnis

I. Teil

A. Einleitung

I. Ziel der Untersuchung 1
II. Der Tatbestand des Gfktsverhältnisses.. 6
III. Fallsammlung 15

B. Bisher vorgetragene Lösungsversuche

I. Allgemeine Kennzeichnung 20
II. Näherer Inhalt und Kritik der bisher vorgetragenen Lösungsversuche

1. Die Bewertung der Gfkten als verpflichtender Verträge 25
Kritik 38

2. Versuche, der besonderen Eigenart der Gfkten auf der Grundlage der Annahme eines deliktischen Verhältnisses gerecht zu werden

a) Haftungsausschlußvertrag und Einwilligung. Versuch, diese Konstruktion durch einen Rückgriff auf § 242 oder § 254 zu ersetzen 46

b) Behandlung der deliktischen Haftung des Gefälligen wie eine vertragliche 54

c) Einschränkung der deliktischen Haftung des Gefälligen unter Verzicht auf eine dogmatische Begründung 61

Kritik der Lösungsversuche zu a) bis c) 62

3. Die Behandlung der Gfkten als Sonderverbindungen nichtvertraglicher Art

a) Die Auffassung Heinrich Lehmanns 74

Kritik 75

b) Die Auffassung Hans Dölles 76

Kritik 78

4. Der Versuch des I. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs, die Behandlung der Gfkten als Sonderverbindungen nichtvertraglicher Art ohne Erfüllungsanspruch mit der Vertragstheorie zu verbinden 78

Kritik 80

II. Teil Eigene Lösung

A. Überblick 83

B. Durchführung

I. Möglichkeit und Gestalt eines Gfkts-vertrages ohne Leistungspflicht

1. Möglichkeit eines Vertrages, bei dem keine Leistungspflicht besteht

a) Möglicher Inhalt eines Vertrages ohne Leistungspflicht 85

b) Zulässigkeit eines Vertrages, dessen Inhalt sich in der Schaffung eines Rechtsgrundes für den Erwerb der Leistung erschöpft 87

2. Möglichkeit einer sog. positiven Vertragsverletzung bei einem Vertrag, bei dem keine Leistungspflicht besteht

a) Unabhängigkeit der Haftung wegen sog. positiver Vertragsverletzung von der auf 'Erfüllung und für Nichterfüllung 92

b) Anerkennung der Haftung wegen sog. positiver Vertragsverletzung bei einem Vertrage ohne Leistungspflicht durch die Rechtsprechung . 97

3. Die Haftung des Gefälligen wegen sog. positiver Vertragsverletzung .. 101

a) Keine Anwendbarkeit des § 278 ... 102

b) Milderer Haftungsmaßstab bei gewissen Leistungsinhalten 109

c) Das sog. Handeln auf eigene Gefahr des Gfktsempfängers 115

4. Die Haftung des Gefälligen wegen Ausbleibens oder Verzögerung der versprochenen Leistung 118

5. Der Gfktsvertrag ohne Leistungspflicht und das Minderjährigenrecht 123

II. Der Anwendungsbereich des Typus eines Gfktsvertrages ohne Leistungspflicht

1. Abgrenzung gegen einen möglichen vertragsfreien Raum 126

2. Abgrenzung des Anwendungsbereichs des Gfktsvertrages ohne Leistungspflicht gegen den Anwendungsbereich des verpflichtenden Gfktsvertrages 133

Literaturverzeichnis

Arndt	Rechtsprobleme der Kraftfahrzeug-Gefälligkeitsfahrt. JW 1929, 898 ff.
Balzereit, Ernst	Gefälligkeitsverträge. Iur. Diss. Marburg 1929
Becker, Helmut	Die Haftung bei Gefälligkeitsfahrten im deutschen, österreichischen und schweizer Automobilrecht. Iur. Diss. Bonn 1930 (Veröffentlicht unter dem Titel: Die Haftung bei Gefälligkeitsfahrten im Kraftfahrzeug unter Berücksichtigung des ausländischen Rechts. 2. Aufl. Berlin 1932)
Beitzke, Günther	Rezension des Urteils des VI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 25. 3. 1958, MDR 1958, 503. MDR 1958, 678/679
Behrend	Haftung für Gefälligkeitshandlungen. Recht 1919, Sp. 291
Bemmann, Klaus	Das durchgehende Gespann - Zur Problematik des Schmerzensgeldanspruchs. VersR 1958, 583 ff.
Binder, Julius	Philosophie des Rechts. Berlin 1925
Blatzheim, Rudolf	Die Unfallhaftung aus der sogenannten Gefälligkeitsfahrt im Kraftfahrzeug. Zugleich ein Beitrag zu dem Problem der entgeltlichen Geschäfte. Iur. Diss. Köln 1952
Blomeyer, Arwed	Allgemeines Schuldrecht. 2. Aufl. Berlin und Frankfurt a.M. 1957
von Blume, W.	Vertragshaftung und Deliktshaftung Tiergefahr und Vertragsgefahr. Recht 1905, Sp. 481 ff.
	Das Reichsgericht und die Gefälligkeitsverträge. Recht 1908, Sp. 649 ff.
Böckel, Fritz	Gefälligkeitsvertrag. HdRW, 2.Bd., 1927, S. 607 ff.

Böhmer, Emil	Zum Begriff des Handelns auf eigene Gefahr im Verkehrsrecht. VersR 1957, 205 ff.
	Zum Begriff der Gefälligkeitsfahrt. JR 1957, 338
	Mitfahren auf eigene Gefahr. MDR 1958, 77/78
	"Normale" und "ungewöhnliche" Gefahren bei Gefälligkeitsfahrten. MDR 1958, 896
	Bei Sichbegeben in eine erkannte Gefahr ist § 254 BGB anzuwenden. MDR 1961, 661/662
	Definition des Begriffs der Gefälligkeitsfahrt. VersR 1964, 807
v. Boehmer, Götz	Haftung bei Gefälligkeitsfahrten. DAR 1957, 228
Boehmer, Gustav	Der Erfüllungswille. Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches, herausgeg. von Dr. Otto Fischer, 20. Band. 1. Heft. München 1910
Brockmann, Lambert	Anmerkung zum Urteil des VI. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 19. 6. 1933, RGZ 141, 262 ff. = JW 1933, 2389 ff. (Nr. 7). JW 1933, 2389 ff.
Brose, Johannes	Grundsätzliches zur Willenserklärung. AcP 130 (1929), S. 188 ff.
Buske, Gerhard	Der Gefälligkeitsvertrag. Jur. Diss. Königsberg 1931
v. Caemmerer, Ernst	Wandlungen des Deliktsrechts in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860 - 1960. Band II. Karlsruhe 1960. S. 49 ff.
Carl	Anmerkung zum Urteil des VI. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 28. 1. 1937, JW 1937, 1633 (Nr. 4). JW 1937, 1633
	Anmerkung zum Urteil des OLG Naumburg vom 29. 3. 1938, JW 1938, 2355 ff. (Nr. 37). JW 1938, 2356

Cramer, Alfons	Gefälligkeitsverträge unter besonderer Berücksichtigung der Kraftfahrzeug-Gefälligkeitsfahrt. Jur. Diss. Erlangen 1934
Crome, Carl	System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. 2. Band. Recht der Schuldverhältnisse. 1. Hälfte. Tübingen und Leipzig 1902
Dahmann, Guido	Gefälligkeitsbeziehungen. Jur. Diss. Erlangen 1935
Danz, Erich	Laienverstand und Rechtsprechung (§§ 157, 242 BGB). JJ 38 (1898), S. 373 ff., insbes. 476 ff.
Dernburg, Heinrich	Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. 2. Band. Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens. 1. Abteilung. Allgemeine Lehren. 1. und 2. Aufl. Halle a. S. 1899
Deutsch, Erwin	Rezension des Buchs von Hans Stoll: Das Handeln auf eigene Gefahr. RabelsZ 1966, 755 ff.
	Rezension der Urteile des VI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 17. 5. 1960, VersR 1960, 802, und 20. 12. 1966, BGHZ 46,313. JuS 1967, 496 ff.
von Dewitz, Bernd	Gefälligkeitsverhältnisse im Bürgerlichen Recht. Jur. Diss. Tübingen 1939
Diele, Maria	Haftpflichtrisiko und Schadensverteilung bei sogenannten Gefälligkeitsfahrten. Jur. Diss. Freiburg i. Br. 1959
Dietz, Rolf	Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt. Bonn und Köln 1934
Dölle, Hans	Außergesetzliche Schuldpflichten. ZStW 103 (1943), 67 ff.
Dunz, Walter	Abwägungskriterien bei der Schadensausgleichung. NJW 1964, 2133 ff.

Endemann, Josef	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I. Band, 2. Teil. Recht der Schuldverhältnisse. 8. Aufl. Berlin 1903
Engisch, Karl	Der rechtsfreie Raum. ZStW 108 (1952), 385 ff.
	Einführung in das juristische Denken. 2. Auflage, Stuttgart 1959
Enneccerus/ Lehmann	Recht der Schuldverhältnisse. 15. Bearbeitung Tübingen 1958
Enneccerus/ Nipperdey	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. 15. Bearbeitung. 2. Halbband. Tübingen 1960
Erman, Walter	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3. Aufl. 1962, 4. Aufl. 1967
Esser, Josef	Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen. Kritisches zur Technik der Gesetzgebung und zur bisherigen Dogmatik des Privatrechts. Frankfurter wissenschaftliche Beiträge. Rechts- und wirtschaftswissenschaftliche Reihe. Band 4. Frankfurt a. M. 1940
	Schuldrecht, Allgemeiner und besonderer Teil. Ein Lehrbuch. 2. Auflage Karlsruhe 1960
Etzbach, Karl Otto	Die Haftung aus erwiesener und empfangener Gefälligkeit unter besonderer Berücksichtigung der Haftung bei Gefälligkeitsfahrten. Iur. Diss. Erlangen 1935
Evers, Adolf	Zum Problem der Kraftfahrzeug-Gefälligkeitsfahrt. Iur. Diss. Köln 1936
Eylert, Eginhard	Gefälligkeitsbeziehungen, Iur. Diss. Köln 1955

Fischer Hans-Detlev	Gefälligkeitsfahrt und vorvertragliche Haftung. Beiträge zum Problem des fiktiven Vertrages. Iur. Diss. Kiel 1938
Flume, Werner	Rezension des Urteils des VI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 14.3.1961, VI ZR 189/59, BGHZ 34, 355 ff. JZ 1961, 605 ff.
	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. 2. Band. Das Rechtsgeschäft. Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft. Abteilung Rechtswissenschaft. Berlin-Heidelberg-New York 1965
Friedrich, Kurt	Die Gefälligkeitsfahrt im Kraftfahrzeug. Iur. Diss. Göttingen 1939
Fuchs, Erwin	Trunkenheit am Steuer und Einwilligung des Fahrgastes. DAR 1956, 149
Geigel	Schadensersatzansprüche aus Gefälligkeiten. SeuffBlätt 77 (1912), 37 ff.
	Rezension des Urteils des III. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 17. 5. 1951, BGHZ 2, 159 ff. JZ 1951, 590 ff.
von Gierke, Otto	Deutsches Privatrecht. 3. Band. Schuldrecht. Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft. 2. Abteilung, 3. Teil, 3. Band. München und Leipzig 1917
Gonnermann, Otto	Die sogenannten Gefälligkeitsverträge. Iur. Diss. Marburg 1931
Groebe, Klaus	Zum Stand der Rechtsprechung in der Frage der Gefälligkeitsfahrt. JW 1936, 1581 ff.
Guckenheimer	Die Haftung des Kraftwagen-Halters und -Führers für Insassenverletzung. (einschließlich aus Gefälligkeitsfahrten) Verk.Rdsch. 1931, Sp. 383 ff., 447 ff.

Gülde	Zum Stande der Rechtsprechung in der Frage der Gefälligkeitsfahrt. JW 1936, 1584 ff.
Hagemeier, Rudolf	Die Rechtslage des Fahrgastes bei Kraftfahrzeugunfällen. Iur. Diss. Erlangen 1934
Hansen, Hans	Die Gefälligkeitsverträge nach bürgerlichem Recht. Iur. Diss. Marburg 1923
Hartmann, G.	Der Civilgesetzentwurf, das Äquitätsprinzip und die Richterstellung. AcP 73 (1888), 309 ff.
Haupt, Günther	Über die faktischen Vertragsverhältnisse. Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Heinrich Siber, Band II, 1943, S. 1 ff.
Hauß	Der Haftpflichtschutz des Kraftfahrzeuginsassen in der neueren Rechtsprechung. Festschrift Möhring 1965, S. 345
Hellwig	Über die Grenzen der Vertragsmöglichkeit. AcP 86 (1896), 223 ff.
Hempfing, Werner	Die Gefälligkeitsverträge im B. G. B. Iur. Diss. Marburg 1923
Henckel, Wolfram	Die ergänzende Vertragsauslegung. AcP 159 (1960/1961), 106 ff.
Herholz, Felix	Das Schuldverhältnis als konstante Rahmenbeziehung. (Ein Rechtsgrund für negative Interesseansprüche trotz Rücktritt und Wandlung). AcP 130 (1929), 257 ff.
Hermann, Joh.	Rezension des Urteils des I. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 22. 6. 1956, BGHZ 21, 102 ff. MDR 1957, 25/26
Heyl, Helmut	Die rechtliche Behandlung der Gefälligkeiten, insbesondere der Gefälligkeitsfahrt unter besonderer Berücksichtigung der Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen. Iur. Diss. Köln 1943
Hinrichs, Paul	Ist das Verhältnis zwischen dem Gefälligen und dem Empfänger einer Gefälligkeit im täglichen Leben von rechtlicher Bedeutung? Iur. Diss. Göttingen 1923

von Hippel, Fritz	Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie. Beiträge zu einem Natürlichen System des privaten Verkehrsrechts und zur Erforschung der Rechtstheorie des 19. Jahrhunderts, Tübingen 1936
Hitzfeld, Winfried	Das Handeln auf eigene Gefahr als Rechtsgeschäft. Eine fragwürdige Konstruktion der Rechtsprechung. Jur. Diss. Freiburg i. Br. 1961
Hoeniger	Untersuchungen zum Problem der gemischten Verträge. 1. Band: Die gemischten Verträge in ihren Grundformen. Mannheim und Leipzig 1910
Hoffmann, Hans Joachim	Der Einfluß des Gefälligkeitsmoments auf das Haftungsmaß. AcP 167 (1967), S. 394 ff.
	Die Fragwürdigkeit der Haftung für diligentia quam in suis. NJW 1967, 1207 ff.
von Jhering, Rudolf	Ein Rechtsgutachten, betreffend die Gäubahn. JJ 18 (1880), S. 1 ff.
	Der Besitzwille. Zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode. 1889
Josef	Zur Haftung des Kraftfahrzeughalters bei Gefälligkeitsfahrten. JW 1928, 2313
Klein, Peter	Zur Lehre von der "Anzeigepflicht im Schuldrecht". SeuffBlätt 74 (1909), 24 ff.
Klünder, Karl Heinz	Die rechtliche Natur der Gefälligkeitsleistungen. Jur. Diss. Göttingen 1932
Koch	Die Gefälligkeitsfahrt in der neueren Rechtsprechung des Reichsgerichts und der Oberlandesgerichte. JW 1931, 3301 ff.

Kohler, Josef	Zwölf Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuch. I. Das Obligationsinteresse. AbR 12 (1897), 1 ff.
	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 1. Band: Allgemeiner Teil. Berlin 1906. insbes.: S. 10 ff. (§ 4) 2. Band: Vermögensrecht. 1. Teil: Schuldrecht. Berlin 1906. insbes.: S. 89 ff. (§ 34)
Krückmann, Paul	Gefälligkeitsverträge. Seuff-Blätt 74 (1909), 113 ff., 153 ff.
	Die Gefälligkeitsfahrt. (Ein Beitrag zu der Lehre von den sog. Gefälligkeitsverträgen). JW 1932, 3688 ff.
Küsters, Herbert	Gefälligkeits-Verträge. Jur. Diss. Köln 1930
Kuhlenbeck, L.	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Beziehung auf die wichtigsten Begriffe und Institute des Zivilrechts. XXXVIII. Begriff und Umfang der Obligation (Interesse, Bestimmtheit und Unbestimmtheit des Gegenstandes). JW 1897, 361 ff. LVIII. Der Leihvertrag (Kommodat). Das Prekarium (Leihe auf beliebigen Widerruf. Bittleihe). JW 1904, 226 ff. LXV. Der Auftrag. JW 1908, 701 ff.
Kummer	Die Haftpflicht bei Gefälligkeitsfahrten im Motorfahrzeug nach französischem, deutschen und schweizerischen Recht. Winterthur 1963.
Laband, Paul	Zum zweiten Buch des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. I. Abschnitt. Titel 1 - 3. AcP 73 (1888), 161 ff.

Larenz, Karl	Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts. Leipzig 1930
	Vertrag und Unrecht. Hamburg 1937. Grundzüge der Rechts- und Wirtschaftswissenschaft. Reihe A. Rechtswissenschaft. Herausgeg. von G. Dahm, K. A. Eckhardt, E. R. Huber
	Lehrbuch des Schuldrechts. I. Band: Allgemeiner Teil. 3. Aufl. München und Berlin 1958. 6. Aufl. 1963. 7. Aufl. 1964. 8. Aufl. 1967 II. Band: Besonderer Teil. 3. Aufl. München und Berlin 1959. 6. Aufl. 1964. 8. Aufl. 1967
	Culpa in contrahendo, Verkehrssicherungspflicht und "sozialer Kontakt". MDR 1954, 515 ff.
	Ergänzende Vertragsauslegung und dispositives Recht. NJW 1963, 737 ff.
Lechner, Ludwig	Rezension des Urteils des VI. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 28. 5. 1934, JW 1934, 2033 ff. JW 1934, 2033 ff.
Lehmann, Heinr.	Die Unterlassungspflicht im Bürgerlichen Recht. Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches, herausgeg. von Dr. Otto Fischer. 15. Band, 1. Heft. 1906
	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. Lehrbücher und Grundrisse der Rechtswissenschaft. 1. Bd. 11. Aufl. Berlin 1958. 14. Aufl. 1963
Leonhard, Franz	Das Schuldrecht des BGB. 1. Band: Allgemeines Schuldrecht des BGB. Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft. 10. Abteilung, 2. Teil, 1. Band. München und Leipzig 1929
Lietz, Hermann	Über die Rechtsfindung auf dem Gebiet der sog. Gefälligkeitsverhältnisse. Iur. Diss. Frankfurt a. M. 1940

Löhlein	Das Handeln auf eigene Gefahr. ZHR 102 (1936), 297 ff.
Louis, Bruno	Rezension des Urteils des VI. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 22. 11. 1934, RGZ 145, 390 ff. = JW 1935, 1021 ff. (Nr. 9). JW 1935, 1021 ff.
	Gefälligkeitsfahrt! JW 1936, 425 ff.
Lucas, Richard	Über die Rechtsnatur der Gefälligkeitsverträge. Iur. Diss. Königsberg 1920
Lucke, Friedrich	Ein Beitrag zur Frage der Haftung aus Gefälligkeitsfahrten mit Kraftfahrzeugen. Iur. Diss. Heidelberg 1931
Lurje, Max	Rezension des Urteils des VI. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 3. 3. 1932, JW 1932, 2025 ff. (Nr. 12) = Warneyer Rspr. 1932, Nr. 72 (S. 147). JW 1932, 2025 ff.
Martel, Willy	Der sogenannte "Gefälligkeitsvertrag" in der Rechtsprechung. Iur. Diss. Köln 1933
Marzahn, Heinrich	Die Haftung des Kraftfahrzeughalters aus Gefälligkeitsfahrten. Iur. Diss. Göttingen 1921
Mayer	Die Gefälligkeitsfahrt in der Praxis. DR 1939, 1417 ff.
Michaelis, Heinz	Gefälligkeitsleistung und Vertrag. Grundsätze einer gegenseitigen Abgrenzung. Iur. Diss. Leipzig 1937
Michaelis, Karl	Beiträge zur Gliederung und Weiterbildung des Schadensrechts. Festschrift für Heinrich Siber, Band II, 1943, S. 185 ff.
Müller, Karl	Haftungsausschluß durch Beteiligung des Verletzten an gefährlichen Veranstaltungen. Iur. Diss. Köln 1934
Müller-Erzbach, Rudolf	Gefährdungshaftung und Gefahrtragung. AcP 106 (1910), 309 ff.
Naber, Bernhard	Gefälligkeitsverhältnisse. Iur. Diss. Innsbruck 1941
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch. 26. Aufl. 1967
Pauly, Anton	Der neuere Stand der Lehre von den sog. Gefälligkeitsverträgen, insbesondere von der Gefälligkeitsfahrt, im Lichte der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Iur. Diss. Erlangen 1935

Propach, Hans Günther	Die Gefälligkeiten des täglichen Lebens, insbesondere die Gefälligkeitsfahrt. Jur. Diss. Erlangen 1935
Pawlowski, Hans Martin	Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen (Amts- und Parteinichtigkeit von Rechtsgeschäften) - Zum Verhältnis von Privatautonomie und objektivem Recht. Göttinger rechtswissenschaftliche Studien Band 57. Göttingen 1966
Raape, Leo	Die Beweislast bei positiver Vertragsverletzung. Zugleich ein Beitrag zur Überlassung von Sachen von gefahrdrohender Beschaffenheit. AcP 147 (1941), 217 ff.
Radbruch, Gustav	Einführung in die Rechtswissenschaft. 9. Auflage 1952. Verbesserter Neudruck 1958
Radtke	Die Kraftfahrzeug-Gefälligkeitsfahrt. Jur. Diss. Halle 1933
Rathey, Hans	Gefälligkeitsverträge und Tierhalterhaftung. Jur. Diss. Breslau 1916
Reichsgerichtsräte	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes. Kommentar, herausgeg. von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern. 11. Aufl. II. Band, 1. Teil (§§ 433 - 704), Berlin 1959
Reuß, Karl Friedrich	Die Intensitätsstufen der Abreden und die Gentlemen-Agreements. AcP 154 (1955), 485 ff.
Roth	Rechtsverpflichtungen aus der Inanspruchnahme eines Gefälligkeitsaktes. LeipzZ 1911, Sp. 367 ff.

Schieferstein, Rudolf	Die Gefälligkeitsfahrt im Kraftfahrzeug im alten und im neuen Recht. Jur. Diss. Gießen 1937
Schlierf, Herbert	Der Haftungsausschluß bei der Gefälligkeitsfahrt. Jur. Diss. München 1963
	Abwägungskriterien bei der Schadensausgleichung nach § 254. NJW 1965, 676
Schmidt	Die Haftung des Kraftfahrzeughalters bei Gefälligkeitsfahrten. RdK 1928, 388
Schmidt, Gerold	Gefälligkeitsfahrt und stillschweigender Haftungsausschluß. NJW 1965, 2189 ff.
Schneider	Der 65. Band der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. DJZ 1908, Sp. 217 ff.
Schöpe, Heinrich	Nochmals: Zum Ausmaß der Kraftfahrerhaftung bei Gefälligkeitsfahrten. MDR 1963, 452 ff.
	Anmerkung zum Urteil des VI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 5. 3. 1963, BGHZ 39, 156 ff. NJW 1963, 1606
Schröder, Fritz	Die sogenannten Gefälligkeitsverträge. Jur. Diss. Göttingen 1932
Schumacher, Hans	Über die rechtliche Natur der Gefälligkeiten des täglichen Lebens und die Haftung aus Gefälligkeiten, unter besonderer Berücksichtigung der Haftung bei der Gefälligkeitsfahrt (Ein Beitrag zur Lehre von den Gefälligkeitsverträgen). Jur. Diss. Marburg 1939
Schumacher, Maria	Die rechtliche Beurteilung von Gefälligkeitsfahrten nach Kraftfahrzeugrecht. Jur. Diss. Marburg 1932
Siber, Heinrich	Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit. JJ 70 (1921), 223 ff.
	Schuldrecht. Grundriß des Deutschen Bürgerlichen Rechts 2. Leipzig 1931
Siebenhaar	Auch für den alkoholbeeinflußten Kraftfahrer einer Gefälligkeitsfahrt streitet § 242 BGB. VersR 1963, 405

Soergel/Siebert	Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. 10. Auflage. I. Band (§§ 1 - 240) Stuttgart 1967 II. Band (§§ 241 - 610) Stuttgart 1967
Stammler, Rudolf	Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. 1897
von Staudinger	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. II. Band. Teil 1 a (§§ 241, 243 - 248) 11. Aufl. 1967 Teil 1 c (§§ 249 - 327) 10./11. Auflage 1967 Teil 2 (§§ 433 - 610) 11. Auflage 1955 Teil 3 (§§ 611 - 704) 11. Auflage 1958
Stienen	Kraftfahrzeughalter, Gefälligkeitsfahrt und das Gesetz vom 7. Nov. 1939. DR 1940, 426 ff.
Stoll, Hans	Das Handeln auf eigene Gefahr. Eine rechtsvergleichende Untersuchung. Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht, herausgeg. vom Max-Planck-Institut, Nr. 29. Berlin und Tübingen 1961
Stoll, Heinrich	Rücktritt und Schadensersatz. AcP 131 (1929), 141 ff.
	Die Lehre von den Leistungsstörungen. Denkschrift des Ausschusses für Personen-, Vereins- und Schuldrecht. Schriften der Akademie für Deutsches Recht. Tübingen 1936
Sugg, Walther	Gefälligkeitsverträge. Jur. Diss. Breslau 1914
Terwiel, Gerd	Zum Problem der Gefälligkeitsleistungen. Jur. Diss. Freiburg 1935
Theegarten, Gottlieb	Die Schadensersatzpflicht aus Gefälligkeitsverhältnissen. Jur. Diss. Köln 1949
Volkmann, K.	Anmerkung zum Urteil des OLG Dresden vom 4. 6. 1933, JW 1933, 2157 (Nr. 2). JW 1933, 2157
	Anmerkung zum Urteil des VI. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 30. 11. 1933, JW 1934, 346 ff. (Nr. 4). JW 1934, 346 ff.

Volkmann, K.	Rezension der (veröff.) Diss. von Fischer: Gefälligkeitsfahrt und vorvertragliche Haftung. JW 1938, 2329
Wagenführ, Martin	Die Gefälligkeitsfahrt im Kraftfahrzeug, unter bes. Berücksichtigung der Haftung des gefälligen Fahrers. Iur. Diss. Frankfurt 1943
Wallraven, Heinz	Über Gefälligkeitsverträge. Iur. Diss. Marburg 1934
Wangemann, Richard	Handeln auf eigene Gefahr. NJW 1955, 85 ff.
	Handeln auf eigene Gefahr und Verschuldenshaftung. Eine kritische Betrachtung der jüngsten höchstrichterlichen Rechtsprechung. MDR 1956, 385 ff.
Weimar, Wilh.	Zum stillschweigenden Haftungsverzicht bei Autofahrten. MDR 1960, 101/102
Wichers, Edmund	Gefälligkeitsverträge. Iur. Diss. Göttingen 1925
Wieacker, Franz	Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB. Tübingen 1956
	Willenserklärung und sozialtypisches Verhalten. Göttinger Festschrift für das Oberlandesgericht Celle. Göttingen 1961. S. 263 ff.
	Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht. Festschrift für Nipperdey, Band I (1965), S. 783 ff.
Windscheid, Bernhard	Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl., unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts bearbeitet von Theodor Kipp. Frankfurt am Main 1906
Zimmermann	Zur Haftung des Kraftfahrzeughalters bei Gefälligkeitsfahrten. JW 1928, 1717
Zuleger	Die Haftung des Kraftfahrzeughalters bei Gefälligkeitsfahrten in rechtsvergleichender Darstellung unter Berücksichtigung der Reform des deutschen Rechts. Iur. Diss. Leipzig 1933

Abkürzungsverzeichnis

AbR	Archiv für bürgerliches Recht
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
BankA	Bank-Archiv. Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen
Betrieb	Der Betrieb
BB	Der Betriebs-Berater
BGHZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
DAR	Deutsches Autorecht. Herausgegeben vom Allgemeinen Deutschen Automobil-Club (ADAC)
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DR	Deutsches Recht
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Begr. von Dr. J. A. Gruchot
HdRW	Handwörterbuch der Rechtswissenschaft
HoldhMSchr	Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, Steuer- und Stempelfragen. Herausgegeben von Justizrat Dr. Paul Holdheim
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
JJ	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts (Band 1 - 36: Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts)
JR	Juristische Rundschau
JRPV	Juristische Rundschau für Privatversicherung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
LeipzZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift

OLG	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Civilrechts
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdK	Das Recht des Kraftfahrers
Recht	Das Recht. Rundschau für den deutschen Juristenstand
RGZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
SeuffA	J. A. Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
SeuffBlätt	Dr. J. A. Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung
VAE	Verkehrsrechtliche Abhandlungen und Entscheidungen
Verk. Rdsch.	Verkehrsrechtliche Rundschau
VersR	Versicherungsrecht. Juristische Rundschau für die Individualversicherung
VRS	Verkehrsrechts - Sammlung
Warneyer Rspr	Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen. Ergänzungsband enthaltend die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, soweit sie nicht in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts abgedruckt ist.
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft.

§§ ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB.

I. Teil

A. Einleitung

I. Über die rechtliche Natur der sog. Gefälligkeiten (im folgenden: Gfkten) herrscht nach wie vor in Theorie und Praxis keine Klarheit. Auch das grundsätzliche Urteil des I. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 22. 6. 1956[1] hilft nicht weiter. Diese Entscheidung betrifft die Haftung für einen aus Gfkt zur Verfügung gestellten Aushilfs-Kraftfahrer und befaßt sich eingehend mit den Kriterien des "Rechtsbindungswillens". In der Begründung dieses Urteils scheinen vielmehr die sonst so festgefügten Begriffe des Schuldrechts zu verschwimmen.

In der Praxis liegt das Schwergewicht auf der haftungsrechtlichen Behandlung von Verkehrsunfällen anläßlich einer sog. Gfktsfahrt. Dieses Problem war es auch, das den Anstoß für die Erörterung der rechtlichen Natur der Gfkten gegeben hat. Daneben spielen in der Praxis die Fälle eine besondere Rolle, in denen jemand durch Rat oder Auskunft einen anderen zu nachteiligen Vermögensdispositionen veranlaßt. Die haftungsrechtliche Behandlung dieser Fälle macht eigenartige Erwägungen erforderlich.[2] Sie wird daher im Schrifttum herkömmlich von der allgemeinen Problematik der Gfkten

---

1) BGHZ 21, 102 ff., näher wiedergegeben unten S. 17 Fall 9.

2) Siehe dazu Karl Michaelis, Beiträge zur Gliederung und Weiterbildung des Schadensrechts, S. 130 ff.

gesondert behandelt.[3] Diesem Brauch wollen wir uns anschließen.

Der Verlauf der - nunmehr über sechzigjährigen - Diskussion des Problems der haftungsrechtlichen Behandlung der sog. Gfktsfahrt war - in großen Zügen dargestellt - folgender:

Am Anfang steht ein Aufsatz von Blumes aus dem Jahre 1905[4]. Er enthält den in der Folgezeit oft wiederholten Satz, daß durch die uneingeschränkte deliktische Haftung des Gefälligen "die Menschenfreundlichkeit geradezu unter Strafe gestellt" werde. Damit war das Stichwort gegeben für zahlreiche Bemühungen in der Literatur, der besonderen Eigenart der Gfkten durch die Annahme eines schuldrechtlichen haftungsmildernden Vertrages gerecht zu werden.[5] Allmählich ging man jedoch von der Behandlung der Gfkten als schuldrechtlicher Verträge wieder ab in der Erkenntnis, daß die Annahme einer Leistungspflicht dem Wesen des Gfktsverhält-

---

3) Z. B.: Sontag, Die Haftung für Auskunftserteilung nach dem BGB, HoldhMSchr 12 (1903), S. 141 ff.; Brunswig, Die vertragsmäßige Haftung des Ratgebers, ZHR 56 (1905), S. 77 ff.; Sefrin, Die Haftung für Rats- und Auskunftserteilung, in: Rechtsfragen der Praxis, Band 11, 1929; Gadow, Bankauskünfte, DJ 1933, 813/814; Cordes, Haftung für Kreditauskunft, BankA 33 (1933/34), S. 161 ff.; Walter Potthast, Die vertragliche Haftung für die Erteilung einer Auskunft, Diss. Köln 1935.

4) Vertragshaftung und Deliktshaftung. Tiergefahr und Vertragsgefahr. Recht 1905, Sp. 481 ff. (Etwa gleichzeitig ist der Aufsatz von Danz: Zum vertragsmäßigen Ausschluß der Haftung, DJZ 1905, Sp. 383 ff.).

5) So namentlich Krückmann, Geigel und Böckel (Nachweise unten Noten 53 bis 55).

nisses nicht entspreche.[6] Das Reichsgericht hatte von Anfang an die Annahme eines schuldrechtlichen Vertrages abgelehnt und die Gfktsfahrt als rein deliktisches Verhältnis behandelt. Ausgangspunkt ist das Urteil des VI. Zivilsenats vom 13.12.1906[7], in dem es heißt:

> "Weiter aber ist in der bloßen Gestattung des Mitfahrens an sich überhaupt noch nicht der Abschluß eines obligatorischen Vertrages zu erblicken, sondern ein bloß tatsächlicher Vorgang ohne rechtliche Bedeutung".

In eigenartigem Gegensatz zu diesem Erkenntnis stehen die Urteile des IV. Zivilsenats vom 18. 3. 1907[8] und 19. 3. 1908[9], in denen der Ausschluß der Tierhalterhaftung bei einer Gfktsfahrt mit Erwägungen begründet wird, wie sie bei einer ergänzenden Vertragsauslegung angestellt zu werden pflegen. Der Widerspruch löste sich in der Folge dadurch, daß die Einschränkung der deliktischen Haftung - insbesondere der deliktischen Verschuldenshaftung[10] - auf einen selb-

---

6) Zu letzterem vgl. Klünder, Diss., S. 13: "Der Zwang zu einer Leistung widerspricht ... dem Wesen der Gefälligkeit." Küsters, Diss., S. 43/44: "Entsprechend der Natur der Gefälligkeitsverträge als freundschaftliche Handlungen, denen außer der Gefälligkeit kein besonderer Zweck innewohnt, muß dem Gefälligen freistehen, jederzeit von den Verpflichtungen befreit zu werden ... "

7) RGZ 65, 17 ff. = JW 1907, 99 (Nr. 1).

8) RGZ 65, 313 ff. = JW 1907, 308 ff. (Nr. 9).

9) RGZ 67, 431 ff. = JW 1908, 301 (Nr. 7).

10) Mit dem Aufkommen des Kraftfahrzeugverkehrs ging es nur noch um die Einschränkung oder den Ausschluß der Verschuldenshaftung, da die Gefährdungshaftung gegenüber einer durch ein Kraftfahrzeug aus Gfkt beförderten Person schon kraft Gesetzes nicht bestand und nicht besteht (§ 8a Abs. 1 StVG).

ständigen Haftungsverzicht oder auf eine - rechtsgeschäftlich verstandene - Einwilligung in den Verletzungserfolg gestützt wurde.

Die deliktische Haftungsgrundlage ist seit dem Anfang der dreißiger Jahre für die Rechtsprechung zur Gfktsfahrt und das hierüber erwachsene Schrifttum zu einer solchen Selbstverständlichkeit geworden, daß sie auch dann nicht mehr in Frage gestellt wurde, als sich die Einsicht durchsetzte, daß die Konstruktion eines selbständigen Haftungsverzichts oder einer rechtsgeschäftlichen Einwilligung in den Verletzungserfolg unrichtig ist. Man nahm diese Erkenntnis vielmehr zum Anlaß, völlig auf die Heranziehung der Rechtsgeschäftslehre zu verzichten. Den Schlußstrich unter diese Entwicklung zieht das Urteil des VI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 14. 3. 1961[11]. Dieses Urteil sieht gegenüber der Geltendmachung von Ersatzansprüchen in dem Handeln auf eigene Gefahr einen Ansatz für den Grundsatz des venire contra factum proprium, zugleich aber auch für die Anwendbarkeit des § 254, d. h. für eine Einschränkung der deliktischen Haftung des Gfktsfahrers.

Sehen manche in diesem Urteil eine endgültige Klärung der Problematik der Gfktsfahrt,[12] so sehen wir hierin die Bestätigung, daß die Konzeption der Gfktsfahrt als rein deliktischen Verhältnisses verfehlt ist. Die Tatsache, daß

---

11) BGHZ 34, 355 ff. = NJW 1961, 655 = MDR 1961, 403 ff. = JZ 1961, 602 ff. (m. Anm. v. Flume) = VRS 20, 241 (Nr. 92) = VersR 1961, 284 und 1036 = DAR 1961, 138.

12) So Emil Böhmer, MDR 1961, 661.

man zu der allgemeinen Vorschrift des § 254 zurückkehrt, läßt u. E. erkennen, daß man auf der Grundlage der Annahme eines deliktischen Verhältnisses die Eigenart des Gfktsverhältnisses nicht in überzeugender Weise zu erfassen vermag. Damit ist die Richtung gekennzeichnet, in der sich unsere Untersuchung bewegen wird: Wir werden an den Anfang der Diskussion zurückkehren. Das bedeutet im Hinblick auf das Schrifttum: Rückkehr zu den Bemühungen, der besonderen Eigenart der Gfkten durch die Annahme eines schuldrechtlichen Vertrages gerecht zu werden; im Hinblick auf die Rechtsprechung: zu den Urteilen des IV. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 18. 3. 1907 und 19. 3. 1908[13]. Wir vermeiden dadurch den Fehler, daß man bei seiner Stellungnahme nur die jeweils zuletzt vertretene Ansicht ins Auge faßt und dabei übersieht, daß durch deren Ablehnung die Bedingung der Ablehnung einer vordem vertretenen Ansicht entfällt. Denn durch die Ablehnung der Konstruktion eines selbständigen Haftungsverzichts oder einer Einwilligung in den Verletzungserfolg ist nicht jede Lösung auf rechtsgeschäftlicher Grundlage abgetan; vielmehr tritt die Frage nach der rechtlichen Natur der Gfktsfahrt wieder in der gleichen Schärfe hervor wie zu Beginn der Diskussion, als von Blume davon sprach, daß die Menschenfreundlichkeit durch die deliktische Haftung unter Strafe gestellt werde.

Die Möglichkeit einer Lösung auf rechtsgeschäftlicher Grundlage tritt in ihrer Bedeutung besonders dann hervor, wenn man nicht nur die haftungsrechtliche Behandlung von Verkehrsunfällen anläßlich einer Gfktsfahrt, sondern die Gesamtheit der

---

13) Siehe oben Noten 8 und 9.

Gfktsverhältnisse und der bei ihnen entstehenden weitergreifenden Fragen ins Auge faßt.

II. Um den Gegenstand der Untersuchung klarzustellen, ist es erforderlich, den Tatbestand des Gfktsverhältnisses kurz zu umreißen. Da wir gerade die Rechtsnatur des Gfktsverhältnisses untersuchen wollen, dürfen wir zur Vermeidung eines Zirkelschlusses bei der Bestimmung der Tatbestandsmerkmale nicht von einem bestimmten rechtlichen Charakter ausgehen. Wir müssen vielmehr fragen, unter welchen Voraussetzungen die in Rede stehende Haftungseinschränkung angemessen erscheint, oder: unter welchen Voraussetzungen Rechtsprechung und Schrifttum diese Haftungseinschränkung befürworten[13].

Dafür sind nun aber die Wege bedeutsam, die Rechtsprechung und Schrifttum gegangen sind, um die Einschränkung der Haftung des Gefälligen dogmatisch zu begründen. Wenn nämlich das Schrifttum anfangs versuchte, die Haftungseinschränkung durch Annahme eines schuldrechtlichen Vertrages zu erfassen, so spricht dies dafür, daß man die Haftungseinschränkung immer und nur dann für angemessen hielt, wenn jedenfalls eine tatsächliche Willenseinigung der Beteiligten vorlag, die darauf gerichtet war, dem einen Teil

---

13) Die meisten Dissertationen, die eine Bestimmung des Begriffs der Gfkt voranstellen, lassen eine Fragestellung überhaupt vermissen. Es gibt aber keinen Begriff der Gfkt schlechthin, sondern - in rechtlicher Hinsicht - nur einen Begriff der Gfkt, der auf bestimmte Rechtsfolgen bezogen ist.

durch ein Handeln oder Unterlassen des anderen Teils bestimmte Vorteile zu gewähren. Denn nur unter dieser Voraussetzung kam die Annahme eines Schuldvertrages in Frage. Dafür, daß die Haftungsmilderung nur beim Vorliegen einer Willenseinigung angemessen ist, sprechen auch die Konstruktionen eines vertraglichen Haftungsverzichts und einer rechtsgeschäftlichen Einwilligung, die das Reichsgericht wählte. Das Reichsgericht ging dabei sogar so weit, daß es dann, wenn ein Dritter begünstigt war, diesem gegenüber eine Haftungsmilderung mit Rücksicht auf die fehlende Willenseinigung ablehnte. So in folgendem Fall:[14)]

> Ein Verein überließ seinen Turnplatz unentgeltlich zu Übungen einer anderen Vereinigung. Teilnehmer an den Übungen kamen durch einen Spanndraht zu Schaden, der sehr dünn und daher selbst bei Tageslicht schwer wahrnehmbar war.

Das Gericht meinte, die Unentgeltlichkeit könne an der Verpflichtung des Vereins, gegen den Draht zu sichern, grundsätzlich nichts ändern, und führte dazu aus:[15)]

> "Die einzelnen, dem Beklagten gegenüber unbestimmten Teilnehmer an den Übungen stehen ihm überhaupt nicht als Vertragsgegner gegenüber; sie sind Dritte, die lediglich an dem durch die Überlassung eingerichteten Verkehr teilnehmen".

Ein solches Erkenntnis spricht dafür, daß es sich bei der Konstruktion des vertraglichen Haftungsverzichts nicht in jeder Beziehung um eine Verlegenheitslösung handelte, daß

---

14) Urteil des VI. Zivilsenats vom 1. 2. 1917, Recht 1917, Nr. 596 + 614

15) Recht 1917, Nr. 596

vielmehr jedenfalls das Erfordernis einer erklärten Willensübereinstimmung sachgerecht ist[16]. Daß die Haftungsmilderung (bzw. der Haftungsausschluß) nur beim Vorliegen einer erklärten Willensübereinstimmung angemessen ist, kommt auch in einem Urteil des III. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 29. 10. 1951[17] zum Ausdruck. Diesem Urteil liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

> Am Rhein wartete eine Schlange von Kraftfahrzeugen auf das Eintreffen der Fähre, um sich übersetzen zu lassen. Als sich die Fähre bereits dem Ufer näherte, fuhr ein neu eintreffendes Kraftfahrzeug an der Schlange wartender Autos vorbei und setzte sich vorn neben den ersten Wagen. Darauf stieg der Fahrer des wartenden Wagens aus und stellte sich - etwas seitlich - vor den Neuankömmling. Als die Fähre angelegt hatte, fuhr das neuangekommene Fahrzeug an und überrollte dabei einen Fuß des ausgestiegenen Fahrers. Der Fahrer des neuangekommenen Fahrzeugs beruft sich darauf, der Geschädigte habe auf eigene Gefahr gehandelt, als er sich vor sein Fahrzeug gestellt habe. Denn er habe sich bewußt einer vermeidbaren Gefahr ausgesetzt. Er verweist dabei auf die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Gfktsfahrt.

Der III. Senat wies den Einwand des Handelns

---

16) Einen ähnlich gelagerten Fall (Besichtigung einer Schmiedewerkstatt durch eine Schulklasse) hatte das OLG München zu entscheiden: Urteil vom 17. 5. 1954, VersR 1954, 371 (Nr. 512). Das Gericht begründete die volle Deliktshaftung des Schmiedemeisters damit, daß eine Abmachung mit der Lehrerin den Schulkindern gegenüber weder einen Haftungsausschluß noch eine Haftungsbeschränkung habe wirksam herbeiführen können, obwohl die Besichtigung der Werkstatt aus reiner Gfkt und im ausschließlichen Interesse der Kinder gestattet worden sei.

17) VRS 4, 88.

auf eigene Gefahr mit folgenden Ausführungen zurück:[18]

> "Die rechtlichen Gesichtspunkte, die bei Beförderungsverträgen (sic!) für das Handeln auf eigene Gefahr beachtlich sein können, lassen sich nicht schon deshalb auf den Kläger übertragen, weil er sich in eine Lage begeben hat, in der er durch das Kraftfahrzeug des Beklagten gefährdet werden konnte. Ein 'Haftungsausschluß' zugunsten sonstiger Verkehrsteilnehmer liegt nicht schon dann vor, wenn diese sich bewußt in eine im Hinblick auf den Verkehr gefährliche Lage begeben".

Auch Hitzfeld weist in seiner Dissertation[19] darauf hin, daß der Gesichtspunkt des Handelns auf eigene Gefahr nicht durchgreife, wenn etwa ein Passant im vollen Bewußtsein seiner Gefährdung vor einem herannahenden Fahrzeug die Straße überquere. Er führt dazu aus:[20]

> "Es fehlt der innere Zusammenhang zwischen dem sich Leistenlassen und dem Selbstgefährden, der den Haftungsausschluß entwicklungsgeschichtlich kennzeichnet und ihn auch rechtspolitisch motiviert. Der Passant erscheint hier nicht als Nutznießer der Dienste des Fahrers, und dieser schädigt ihn nicht anläßlich einer Tätigkeit im Fremdinteresse".

Es ist also davon auszugehen, daß ein Gfktsverhältnis im Sinne der hier anzustellenden Untersuchung eine Willenseinigung der Beteiligten voraussetzt, die darauf gerichtet ist, dem einen Teil durch ein Handeln oder Unterlassen des anderen Teils bestimmte Vorteile zu gewähren. Die Mitfahrt in einem Kraftfahrzeug stellt sich übrigens

---

18) a.a.O. S. 89 zu III.

19) S. 157 zu 1.

20) a.a.O.

nicht in jedem Falle als Vorteilsgewährung an den Mitfahrenden, sondern mitunter auch als Vorteilsgewährung an den Fahrer dar. Es handelt sich dann nicht um eine sog. Gfktsfahrt. Einen solchen Fall behandelt ein Urteil des OLG München vom 12. 7. 1960[21]: Der Kläger war nur im Kraftfahrzeug des Beklagten mitgefahren, um diesem unterwegs fahrtechnische Hilfe zu leisten. Einen solchen Fall führt auch Hoffmann an:[22] Ein Herzkranker bittet einen Freund, ihn auf einer Fahrt zu begleiten, da er sich allein nicht sicher fühle.

Die Voraussetzung der Einseitigkeit der Vorteilsgewährung bedarf noch näherer Erläuterung. Diese Voraussetzung ist einmal nicht gegeben, wenn der Vorteil nach dem Inhalt der Willenseinigung zur Erfüllung einer Schuld oder zu dem Zweck gewährt wird, um eine Gegenleistung zu vergüten oder zu erlangen oder den Empfänger dazu zu verpflichten. Das entspricht dem Inhalt des Begriffs der Unentgeltlichkeit im Sinne des § 516,[23] auf den allgemein bei der Kennzeichnung der Voraussetzungen eines Gfktsverhältnisses Bezug genommen wird, ohne Rücksicht darauf, ob man die Vertragsnatur des Gfktsverhältnisses bejaht oder verneint.[24] Darin zeigt sich übrigens wiederum, daß das Erfordernis der Willenseinigung der Parteien von der dogmatischen Einordnung des Gfktsverhältnisses unabhängig, mithin vorgegeben ist (vgl. den Wortlaut des

---

21) VersR 1960, 1102 ff.

22) AcP 167, 395, 402 (zu Note 38).

23) Larenz, Schuldrecht II, 8. Aufl., § 43 I, S. 120.

24) So insbesondere BGHZ 21, 106. Von den Dissertationen stellen auf die Unentgeltlichkeit als Voraussetzung eines Gfktsverhältnisses ab: Balzereit, S. 22/23; Becker, S. 1; Küsters, S. 2, 3; Buske, S. 11/12; Martel, S. 5; Cramer, S. 1; Müller, S. 15; Dahmann, S. 6/7; Etzbach, S. 3; Propach, S. 8, 11/12; Fischer, S. 21; Heyl, S. 4.

§ 516 Abs. 1). Wegen fehlender Unentgeltlichkeit im Sinne des § 516 müssen auch diejenigen Verhältnisse ausgeschieden werden, bei denen die Vorteilsgewährung der Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht dient, wie etwa die Führung einer Vormundschaft oder Pflegschaft (§§ 1785, 1836, 1915) oder die ehrenamtliche Tätigkeit für eine Gemeinde (z. B. §§ 23 ff. NGO).

Die Voraussetzung der Einseitigkeit der Vorteilsgewährung ist weiterhin dann nicht gegeben, wenn nach dem Inhalt der Willenseinigung beide Teile einen Beitrag zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks leisten. Das entspricht den Voraussetzungen einer Gesellschaft im Sinne der §§ 705 ff. Ein Beispiel aus der älteren Rechtsprechung bietet der Fall, der einem Urteil des OLG Dresden vom 18.4. 1905[25] zugrunde lag: Zwei benachbarte und befreundete Ehepaare unternahmen eine gemeinsame Vergnügungsfahrt über Land, wobei das eine Ehepaar den Wagen, das andere Ehepaar das Pferd stellte. Das Gericht spricht hier von einer auf gegenseitiger Gfkt beruhenden und am ersten noch an einen Gesellschaftsvertrag erinnernden Vereinigung der beiden Ehepaare. Beispiele aus der neueren Rechtsprechung:

> Mehrere Personen mieten, um sich eine billige Fahrmöglichkeit zu schaffen, gemeinsam einen PKW an und teilen die Unkosten unter sich auf.[26]

---

25) SeuffA 61, Nr. 220 (S. 389).

26) Urteile des VI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 17. 5. 1960, VersR 1960, 802, und vom 20. 12. 1966, BGHZ 46, 313 = NJW 1967, 558 = VersR 1967, 223. Dazu Rezension von Deutsch, JuS 1967, 496 ff.

> Zwei Personen nehmen gemeinsam an einer Automobil-Zuverlässigkeitsfahrt teil derart, daß die eine ihr Kraftfahrzeug zur Verfügung stellt, die andere die Rolle des (Haupt-)Fahrers übernimmt.[27]

> Zwei Personen ermöglichen den gemeinsamen Besuch von Vergnügungslokalen dadurch, daß die eine, der die Fahrerlaubnis entzogen worden ist, ihr Fahrzeug zur Verfügung stellt, die andere es fährt.[28]

Eine andere Frage, die mit dem Problem der Gfkten nichts zu tun hat, ist es, ob auch in diesen Fällen - im Hinblick auf § 708 - eine Haftungsmilderung eingreifen soll. Die Trennung dieser Frage von der Gfktsproblematik wird freilich nicht immer durchgeführt. So will Hoffmann die für die Haftung des Gefälligen entwickelten Grundsätze auf Fälle der hier vorliegenden Art übertragen.[29] Er stellt dabei im Anschluß an Hoeniger[30] und Blatzheim[31] ganz auf den Begriff der Unentgeltlichkeit im Sinne des § 516 ab, und führt aus, das Vorliegen einer Gesellschaft schließe die Unentgeltlichkeit nicht aus, es komme vielmehr auf den die Gesellschaft konstituierenden Zweck an:

---

27) Urteil des VI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 5. 3. 1963, BGHZ 39, 156 ff. = NJW 1963, 1099 = MDR 1963, 489 = JZ 1964, 60 = VRS 24, 402 = VersR 1963, 586 = DAR 1963, 241 = BB 1963, 536. Dazu Anmerkung von Schöpe, NJW 1963, 1606.

28) Urteil des LG Augsburg vom 21. 2. 1964, VersR 1964, 1258 ff. (Nr. 870).

29) AcP 167, 396; NJW 1967, 1207/1208 (zu II.).

30) Die gemischten Verträge in ihren Grundformen, S. 179 ff.

31) Diss., S. 30.

Sei dieser allein die Vornahme einer Vergnügungsfahrt, so erbringe der den Wagen steuernde Gesellschafter keinen vermögenswerten Beitrag im Hinblick auf eine Gegenleistung, sondern eine unentgeltliche Leistung. Diese Betrachtungsweise ist nicht richtig. Zwar ist Hoeniger[32] zuzugeben, daß der Tatbestand der Gesellschaft gegenüber dem Entgeltlichkeitsmoment neutral ist, weil die Beiträge der Gesellschafter nicht in dem Verhältnis von Leistung und Gegenleistung stehen. Diese Erwägung kann aber nur dazu führen, den Gegensatz: Entgeltlichkeit - Unentgeltlichkeit auszuklammern, nicht dazu, den Beitrag des Gesellschafters als unentgeltliche Leistung anzusehen. Entscheidend ist vielmehr, daß bei einer Gesellschaft der Beitrag jedes einzelnen Gesellschafters - wegen der Gemeinsamkeit des Gesellschaftszwecks - mittelbar den anderen zugute kommt. Daß das bei einer gemeinsamen Vergnügungsfahrt im Kraftfahrzeug sich nicht in einer konkreten Vermögensvermehrung niederschlägt, ist unerheblich.

Schließlich - und das geht über die Voraussetzung der Einseitigkeit der Vorteilsgewährung hinaus - muß sich die Vorteilsgewährung als uneigennützig darstellen.[33] Dabei kommt es allerdings nicht auf das uneigennützige Motiv, sondern auf den nach außen hervorgetretenen und daher für den Empfänger maßgebenden Charakter der Zuwendung an. Demgemäß

---

32) a.a.O. S. 180, 182.

33) Die Uneigennützigkeit nennen in der Dissertationsliteratur als Merkmal einer Gfkt im Rechtssinne: Cramer, S. 3/4; Lucke, S. 5 ff.; Pauly, S. 5; Wichers, S. 5; Eylert, S. 13/14.

verlangt Pauly in seiner Dissertation "objektive Uneigennützigkeit, d. h. es müsse eine geäußerte Willensübereinstimmung darüber bestehen, daß die Leistung ganz ausgesprochen aus Gfkt erbracht werde".[34] Eylert verlangt in seiner Dissertation "erkennbare" Uneigennützigkeit.[35] Auch Hoffmann meint, die Uneigennützigkeit als subjektives Moment müsse außer Betracht bleiben,[36] und hält ein Motivsynallagma für bedeutungslos: Noch niemand sei auf den Gedanken gekommen, den Schenkungscharakter einer Leistung zu leugnen, weil der Schenker mit Sicherheit auf ein Gegengeschenk vertrauen könne[37].

Auf Grund des Merkmals der Uneigennützigkeit scheiden Verhältnisse als Gfktsverhältnisse aus, bei denen der gewährende Teil ein eigenes wirtschaftliches Interesse verfolgt, namentlich, bei denen es sich um umsatzfördernde Maßnahmen eines Gewerbetreibenden handelt. Hierher gehören: Die Eröffnung eines Ladengeschäftes, die Verabreichung von Lebensmittelproben, die Probefahrt in einem Kraftfahrzeug[38], die Auswahlsendung mit der Gestattung vorübergehender Benutzung, das Zugabewesen[39]. Ferner gehören hierher auch Fälle, in denen man im täglichen Leben noch von einer Gfkt

---

34) S. 5.

35) S. 13/14.

36) AcP 167, 401.

37) AcP 167, 402.

38) RGZ 65, 17 ff. = JW 1907, 99 (Nr. 1); Becker, Diss., S. 1; Cramer, Diss., S. 3; Pauly, Diss., S. 5; Propach, Diss., S. 15; Eylert, Diss., S. 11; Hoffmann, AcP 167, 401/402.

39) Dahmann, Diss., S. 7; Eylert, Diss., S. 11.

spricht: Der Gastwirt läßt seine Gäste von der Bahn abholen und ihr Gepäck befördern, sorgt für die Reinigung ihrer Kleider, verspricht sie zu wecken; der Verkäufer verspricht, den gekauften Wagen einzufahren; der Architekt nimmt den Bauherrn in seinem Wagen mit zum Bauplatz[40]; der Verkäufer gestattet dem Käufer, die gekaufte Ware einstweilen bei ihm liegen zu lassen[41].

III. Um zu zeigen, daß die Frage der rechtlichen Natur des Gfktsverhältnisses im zu II. beschriebenen Sinne nicht nur für die haftungsrechtliche Behandlung von Verkehrsunfällen bei einer sog. Gfktsfahrt bedeutsam ist, soll der Untersuchung eine kleine Fallsammlung vorangestellt werden:

Fall 1:

Jemand sagt zu, einen Saal unentgeltlich für eine Veranstaltung zur Verfügung zu stellen. Einen Tag vorher, als die Akteure zur Probe erscheinen, zieht er seine Zusage zurück. Vorhaltungen, daß man inzwischen umfangreich geworben habe und Eintrittskarten verkauft habe, nützen nichts. Der Veranstalter beantragt daraufhin beim Gericht den Erlaß einer einstweiligen Verfügung dahin, den Saal für die Veranstaltung zur Verfügung zu stellen.

Fall 2:[42]

Eine Restitutionsklage wird auf die Handelsbücher einer dritten Firma gestützt. Der Kläger trägt vor, diese Firma habe sich ihm gegenüber bereit erklärt, ihre Bücher dem Gericht zur Einsichtnahme vorzulegen. Er steht mit dieser Firma nicht in Geschäftsverbindung.

---

40) H. Michaelis, Diss., S. 7.

41) H. Schumacher, Diss., S. 12.

42) Dieser Fall liegt einem Urteil des VI. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 30. 4. 1936 zugrunde: RGZ 151, 203 ff. (208)

Fall 3:

Jemand, der eine Ferienpension betreibt, bietet einem Freund an, seinen Urlaub dort unentgeltlich zu verbringen. Einige Zeit später überwirft er sich mit ihm und zieht seine Zusage zurück. Der Freund klagt auf Ersatz der Aufwendungen, die er durch den unentgeltlichen Aufenthalt in der Pension erspart hätte.

Fall 4:[43]

Jemand hat es übernommen, für einen Freund einen Brief in den Kasten zu werfen. Er steckt ihn in die Rocktasche - und dort findet er ihn nach 14 Tagen wieder. Der Brief war ein Geschäftsbrief, der Freund erleidet einen Vermögensschaden.

Fall 5:[44]

Jemand hat einem Bekannten versprochen, ihn am nächsten Morgen (unentgeltlich) zum Bahnhof zu fahren. Er verspätet sich, der Bekannte versäumt den Zug und erleidet dadurch einen Schaden.

Fall 6:[45]

Jemand hat in der Eisenbahn einem Mitreisenden versprochen, ihn an einer bestimmten Station zu wecken. Er vergißt es. Der Mitreisende verschläft die Station.

Fall 7:[46]

Beim Aussteigen aus der Berliner Stadtbahn gelang es einer Dame nicht, die Kupeetür zu öffnen. Ein Herr half ihr dabei, indem er, wie üblich, mit dem Fuß gegen die Tür stieß. Hierbei zerriß er das Kleid der Dame. Diese verlangte von ihm im Prozeß Schadenersatz.

---

43) Larenz, Schuldrecht II, § 52 I, 6. Aufl.: S. 237.

44) Larenz a.a.O.

45) Klein, SeuffBlätt 74, 26.

46) Behrend, Recht 1919, Sp. 291.

Fall 8:[47]

Die Klägerin, eine nach München versetzte Lehrerin, war mit dem Beklagten, der eine Gastwirtschaft betrieb, übereingekommen, daß dieser ihren Reisekorb über Nacht in seinem Hause aufbewahren und ihn am nächsten Morgen mit seinem Fuhrwerk zum Bahnhof mitnehmen sollte. Der Beklagte überließ die Unterbringung des Korbes seinen Familienangehörigen. Während der Nacht wurde der Korb gestohlen.

Fall 9:[48]

Die Klägerin betreibt ein Fuhrunternehmen. Ihr Ehemann, der ihren Lastzug führte, verunglückte beim Zusammenkuppeln von Motorwagen und Anhänger tödlich. Daraufhin wandte sich der Leiter der Arbeitsgemeinschaft für das Straßenverkehrsgewerbe wegen Gestellung eines Fahrers an den Angestellten S der Beklagten. Dieser stellte der Klägerin einen bei der Beklagten angestellten Kraftfahrer zur Verfügung, der an Stelle des verunglückten Ehemannes der Klägerin den Transport ausführte. Auf der Rückfahrt blieb der Lastzug infolge Motorschadens liegen und mußte abgeschleppt werden. Es stellte sich heraus, daß der Fahrer bisher selbstverantwortlich noch keinen Lastzug gefahren hatte.

Fall 10:

Ein Bekannter erlaubt mir, kurzfristig Möbel auf seinem Dachboden unterzustellen. Das Dach ist undicht und die Möbel verderben.

Fall 11:[49]

Ich gestatte einem Freunde, meinen Revolver zu besichtigen, und letzterer, in der Meinung, er sei nicht geladen, verletzt sich damit.

---

47) Urteil des VI. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 4. 12. 1922, Recht 1923, Nr. 508 = LeipzZ 1923, Sp. 275.

48) Dieser Sachverhalt liegt dem Urteil des I. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 22. 6. 1956, BGHZ 21, 102 ff. zugrunde (siehe schon oben S. 1, Fußnote 1).

49) Kuhlenbeck, JW 1904, 229.

Fall 12:[50]

Der Beklagte führte Dachdeckerarbeiten am Dach einer Turnhalle aus. Er verwendete dabei ein sog. Hängebockgerüst, d. i. ein Gerüst, das an den Dachsparren aufgehängt wird und dazu dient, die Dachdecker bei etwaigem Abrutschen vom Dach vor dem Absturz zu bewahren. Der Kläger, der die Dachrinnen zu erneuern hatte, benutzte dieses Hängebockgerüst als Arbeitsgerüst. Auf Grund seines Werkvertrages war er dazu nicht berechtigt. Als er auf dem Gerüst arbeitete, riß der Dachhaken eines Hängebocks aus dem Dachsparren, an dem er gerade arbeitete. Der Kläger stürzte ab und wurde schwer verletzt. Er meint, der Beklagte habe die Aufhängung nicht genügend gesichert.

Fall 13:

Jemand gewährt einem Tagungsteilnehmer unentgeltlich Unterkunft. Am Tage zuvor hatte die Aufwartung die Deckenleuchte gesäubert und unzureichend befestigt. Sie fällt herab und verletzt den Gast. Er muß sich in ärztliche Behandlung begeben. Die Krankenversicherung nimmt den Gastgeber in Anspruch.

Fall 14:[51]

Der Beklagte hatte den Grundstücksstreifen vor seinen Häusern pflastern lassen und lagerte dort hin und wieder Holz. Er duldete, daß der gepflasterte Streifen von Passanten als Fußweg benutzt wurde. Die Klägerin ist auf ihm infolge von Eisglätte zu Fall gekommen. Sie verlangt vom Beklagten Schadensersatz, weil er nicht gestreut habe.

Fall 15:[52]

Ein Gutsbesitzer, der zum Militärdienst eingezogen wird, bittet seinen Nachbarn, während der Zeit seiner Abwesenheit seiner Frau bei der Führung der Gutsgeschäfte zur Seite zu stehen.

---

50) Urteil des VI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 9. 2. 1957, VersR 1957, 299 ff.

51) Urteil des VI. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 6.5.1907, JW 1907, 364.

52) Urteil des OLG Rostock vom 20. 3. 1919, OLG 40, 320 ff.

Fall 16:[53]

Die Parteien sind zwei benachbarte Bergungsunternehmen. Die Klägerin hatte der Beklagten mehrmals ihren Kahn zum Heranschaffen von Verpflegung zur Verfügung gestellt. Als zwei Arbeiter der Beklagten eines Tages wieder Verpflegung holen sollten, begaben sie sich auf den Arbeitsplatz der Klägerin. Da sie dort niemand antrafen, versuchten sie, den Kahn mit einem der Klägerin gehörenden Derrick (Ladebaum) auf das Wasser zu setzen, obwohl sie wußten, daß dieser nur von mindestens fünf Mann bedient werden konnte. Der Derrick wurde dabei schwer beschädigt.

Fall 17:[54]

Der Kläger half seinem Nachbarn beim Dreschen, indem er in der Scheune Stroh legte. Er stürzte dabei ab, weil die Bretter und Stangen, welche den Fußbodenbelag des Scheunengerüstes bildeten, nicht befestigt waren, sondern lose nebeneinander lagen.

---

53) Urteil des OLG Düsseldorf vom 27. 10. 1949, BB 1950, 35

54) Urteil des OLG Bamberg vom 21. 10. 1905, OLG 12, 84.

B. Bisher vorgetragene Lösungsversuche

I. Den Hintergrund für die bisherigen Lösungsversuche, die sich um eine Klärung der rechtlichen Natur der Gfkten auf vertraglicher Grundlage bemühen, bildet die Auffassung, daß die Annahme eines schuldrechtlichen Vertrages die Annahme einer Leistungspflicht in sich schließe. So führte Martel in seiner Dissertation aus:[55]

> "...ein obligatorischer Vertrag, der eine Verpflichtung zur Hauptleistung nicht erzeugt, ist nicht gut denkbar".

Fischer:[56]

> "...für einen schuldrechtlichen Vertrag ist wesentlich, daß die Willenserklärungen einen ganz bestimmten Inhalt haben, nämlich eine Verpflichtung zu einer Leistung (§ 241 BGB)".[57]

Geigel zur Gfktsfahrt:[58]

> "Es ist erforderlich, daß der Fuhrmann infolge der Willenseinigung zu einer Leistung verpflichtet, und der Wanderer zur Forderung einer Leistung berechtigt ist. Erst dann liegt ein formgerechter Vertrag vor, widrigenfalls nur ein rein tatsächlicher Vorgang ohne rechtliche Bedeutung".[59]

---

55) S. 23.

56) S. 27.

57) So schon Cramer, Diss., S. 10.

58) SeuffBlätt 77 (1912), S. 38.

59) So deutlich auch Becker S. 2 und 3. Auch Diele hält in ihrer Dissertation bei der Gfktsfahrt einen "echten Vertrag i. S. der §§ 145 ff. BGB" nur für gegeben, wenn die unentgeltliche Beförderung "geschuldete Leistung i. S. des § 241 BGB" ist (S. 15 und § 27, S. 84 ff.). Aus der neueren Rechtsprechung: OLG Karlsruhe, Urteil vom 11. 5. 1955, VersR 1955, 630 ff. (Nr. 815), insbesondere S. 631.

Dieser dogmatische Ausgangspunkt bewirkt, daß die Rechtsnatur der Gfkten Gegenstand einer Antinomie ist. Die Thesis lautet: Die Gfkten sind soziale Beziehungen, die wegen ihrer besonderen Eigenart eine vom Deliktsrecht abweichende rechtliche Behandlung erfordern. Die Annahme einer selbständigen vertraglichen Haftungsgrundlage ist das Mittel, um das Recht der besonderen Eigenart einer sozialen Beziehung anzupassen. Also sind die Gfkten schuldrechtliche Verträge. Die Antithesis lautet: Die Annahme eines schuldrechtlichen Vertrages setzt das Bestehen einer Leistungspflicht voraus. Der Gefällige ist in aller Regel nicht zur Leistung verpflichtet.[60] Also sind die Gfkten keine schuldrechtlichen Verträge.

Diese Antinomie schlägt sich in der Literatur und Rechtsprechung deutlich nieder. Je nach dem Obersatz, den man zugrundelegt, bejaht oder verneint man die Vertragsnatur der Gfkten. Repräsentativ für diejenigen Ansichten, die den schuldrechtlichen Vertrag als Mittel, der Eigenart eines Verhältnisses gerecht zu werden, ins Auge fassen und daher die Vertragsnatur der Gfkten bejahen, sind die Aufsätze von Krückmann aus dem Jahre 1909: "Gefälligkeitsverträge"[61] und von Geigel aus dem Jahre 1912: "Schadensersatzansprüche aus Gefälligkeiten"[62]. Beide Autoren bejahen generell die Vertragsnatur der Gfkten, wobei Krückmann von den gesetzlichen Typen unentgeltlicher Verträge, Geigel von den allgemeinen Voraussetzungen eines Vertrages

---

60) Siehe dazu Zitate aus den Dissertationen von Klünder und Küsters oben Fußnote 6.

61) SeuffBlätt 74, 113 ff., 153 ff.

62) SeuffBlätt 77, 37 ff.

ausgeht. Dem dogmatischen Ausgangspunkt, daß die Annahme eines Vertrages die Annahme einer Leistungspflicht einschließt, trägt man dadurch Rechnung, daß man dem Empfänger einer Gfktszusage zwar einen Erfüllungsanspruch einräumt, dem Gefälligen aber gestattet, jederzeit den Vertrag aufzuheben. Eine späte Nachfolge haben diese beiden Aufsätze in dem Artikel Böckels über den Gfktsvertrag im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft aus dem Jahre 1927[63] gefunden.

Repräsentativ für diejenigen Ansichten, die die dogmatische Voraussetzung, daß die Annahme eines Vertrages die Annahme einer Leistungspflicht einschließt, ins Auge fassen und daher die Vertragsnatur der Gfkten verneinen, ist die Rechtsprechung des VI. Zivilsenats des Reichsgerichts zur Gfktsfahrt, die in dem Satz gipfelt:[64]

> "Eine Gfktsfahrt ist, ebenso wie die Einladung zu einem Essen oder zu einer Jagd, eine gesellschaftliche Veranstaltung ohne rechtlichen Charakter".

Einen bemerkenswerten Versuch, die Antinomie zu überwinden, hat bereits von Blume im Jahre 1908 unternommen. Er konstruierte in seinem Aufsatz: "Das Reichsgericht und die Gefälligkeitsverträge"[65] einen "reinen Gfktsvertrag", der zugunsten des Gfktsnehmers nur die Bestimmung habe, dessen Handeln rechtmäßig zu machen und zugleich der Leistung des

---

63) 2. Band, S. 607 ff.

64) Urteil vom 28. 5. 1934, JW 1934, 2033 ff. (Nr. 1). Ähnlich formulierte der Senat schon in einem Urteil vom 3.3.1932, JW 1932, 2025 (Nr. 12) = Warneyer Rspr 1932, Nr. 72 (S. 147).

65) Recht 1908, Sp. 649 ff., insbesondere Sp. 651.

Gebers einen rechtlichen Grund zu geben, der die Rückforderung wegen ungerechtfertigter Bereicherung ausschließe. Die Ansicht von Blumes ist aber auf einhellige Ablehnung gestoßen.[66]

In den dreißiger und vierziger Jahren versuchte man, die Antinomie dadurch zu überwinden, daß man die Gfkten als rechtliche Sonderverbindungen nichtvertraglicher Art behandelte.[67] Man ließ sich dabei durch die Erkenntnisse hinsichtlich der rechtlichen Natur der Ansprüche aus sog.

---

66) Z. B. Martel a.a.O. (Note 55).

67) Lehmann bei Enneccerus-Lehmann, § 27 Nr. 6 (15. Bearbeitung: S. 120/121), erstmals in der 11. Bearbeitung 1930; ebenso Allg. Teil § 24 I; Lehmann folgen: Küsters, Diss. (S. 20 ff.), Martel, Diss. (S. 36 ff.), Etzbach, Diss. (S. 77 ff.), Theegarten, Diss. (S. 26 ff.), Eylert, Diss. (S. 63 ff.), Hoffmann, AcP 167 (1967), S. 400; kritisch: Müller, Diss. (S. 31); ablehnend: Heyl, Diss. (S. 37) und Blatzheim, Diss. (S. 69 ff.). Eine selbständige Stellung in der Entwicklung nimmt die Dissertation von Fischer ein (1938, Referent: Larenz). Fischer führt aus (S. 48): "Wir haben gesehen, daß die Gfkten des täglichen Lebens grundsätzlich keine Verträge sind. Sie sind aber doch Rechtsverhältnisse, besondere Beziehungen zwischen den Parteien; ..." Haupt nimmt in seiner Antrittsvorlesung "Über die faktischen Vertragsverhältnisse" auch im Falle der Gfktsfahrt ein "faktisches" Vertragsverhältnis an (S. 13/14). Dieses wird durch einen besonderen sozialen Kontakt konstituiert. Dölle bestimmt den sozialen Kontakt anklingend an Lehmann näher dahin, daß eine Person zur Erreichung eines bestimmten Zwecks ihre Lebensgüter dem Einfluß und damit der Obhut und Sorgfalt einer anderen Person anvertraue ("Außergesetzliche Schuldpflichten", ZStW Bd. 103, 1943, S. 67 ff., insbes. S. 74). Dölle folgen: Blomeyer, Allg. Schldr., § 22 (2. Aufl.: S. 125/126); Soergel-Siebert-Knopp § 242, Bem. 156 ff. Kritisch: Larenz, Culpa in contrahendo, Verkehrssicherungspflicht und "sozialer Kontakt", MDR 1954, 515 ff.

culpa in contrahendo anregen.[68] Es machte sich auch zunehmend der Einfluß der Lehren der sog. teleologischen Jurisprudenz[69] und die einsetzende Reformbewegung bemerkbar, was insgesamt dazu führte, daß man sich von der der gesetzlichen Regelung zugrundeliegenden Dogmatik löste.[70]

Nach dem 2. Weltkrieg haben diese Versuche auch in der höchstrichterlichen Rechtsprechung Niederschlag gefunden. Der I. Zivilsenat führte in seinem schon angeführten Urteil vom 22. 6. 1956[71] aus:[72]

> "Ist der Leistende zu der übernommenen Leistung verpflichtet (BGB § 241), so vollzieht sich die Bewirkung der Leistung ohne weiteres im rechtsgeschäftlichen Bereich (insbesondere des § 242). Jedoch schließt das Fehlen einer solchen Verpflichtung keineswegs aus, daß das Erweisen einer Gfkt rechtsgeschäftlichen Charakter trägt."

---

68) Lehmann a.a.O.: "Vorbild für eine derartige Ausgestaltung der Haftung bietet die Ableitung eines gesetzlichen Schuldverhältnisses aus dem Eintritt in Vertragsverhandlungen, ..." Fischer faßt in seiner Dissertation die Gfktsfahrt und die culpa in contrahendo zusammen, wobei er die Entwicklung des Instituts der culpa in contrahendo als Schrittmacher für die dogmatische Erfassung der Gfktsfahrt wertet. Er führt aus (S. 75): "Mit der Anerkennung eines Rechtsverhältnisses der Vertragsverhandlungen ist die Zweiteilung des Systems in Delikt und Vertrag zerbrochen." Haupt und Dölle gehen bei ihren Ausführungen ebenfalls von der Haftung für culpa in contrahendo aus.

69) Siehe die Dissertation von Lietz mit dem Titel: "Über die Rechtsfindung auf dem Gebiet der sog. Gefälligkeitsverhältnisse".

70) Allgemein kennzeichnend für diese Entwicklung ist der Aufsatz Haupts über die "faktischen Vertragsverhältnisse".

71) BGHZ 21, 102 ff., siehe schon oben S. 1, Fußnote 1, und S. 17, Fußnote 48 (dort Sachverhalt).

72) a.a.O. S. 106.

II. Näherer Inhalt und Kritik der bisher vorgetragenen Lösungsversuche

1. Die Behandlung der Gfkten als verpflichtender Verträge

Während ein kleiner Teil des Schrifttums generell die Vertragsnatur der Gfkten bejaht[73] und die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Gfktsfahrt den gefälligen Kraftfahrer generell nur nach Deliktsrecht haften läßt[74], differenziert die herrschende Meinung. Maßgebend dafür, ob ein Vertrag vorliegt oder nicht, sollen die Verkehrs-

---

73) Siehe oben oben Noten 61 bis 63 (S.21/22). Ferner folgende Dissertationen: Hansen, Hempfing (S. 12), Buske (S. 52 ff.). Ihnen stehen die Autoren nahe, die lediglich die Gfkten des täglichen Lebens ausnehmen wollen, die der Gefällige sofort vornimmt. Dazu sogleich S. 30 zu (4) mit Nachweisen.

74) In der Rechtsprechung des VI. Zivilsenats des Reichsgerichts findet sich häufig der Satz, eine Haftung auf Grund eines Beförderungsvertrages komme nicht in Frage, weil (sic!) es sich um eine Gfktsfahrt handele (so in den Urteilen RGZ 128, 229 ff. = JW 1930, 2854; JW 1932, 2025, Nr. 12 = Warneyer Rspr 1932, Nr. 72, S. 147 ff.; RGZ 141, 262 ff. = JW 1933, 2389). Eine Ausnahme bildet lediglich das Urteil vom 22. 11. 1934 (RGZ 145, 390 ff. = JW 1935, 1021 ff., Nr. 9), in dem der Senat ausführt, eine unentgeltliche Gfktsfahrt brauche nicht unter allen Umständen ein Vertragsverhältnis auszuschließen. Aus dem Zusammenhang ergibt sich aber, daß das Gericht hier Gfktsfahrt in einem weiteren, nicht die Uneigennützigkeit des Gefälligen voraussetzenden Sinn versteht.

auffassung und Treu und Glauben sein.[75]

Es haben sich auch gewisse Kriterien herausgebildet. Man kann dabei das vor allem im Gemeinen Recht[76] und teilweise auch noch unter der Herrschaft des BGB vertretene[77] Merkmal, daß die versprochene Leistung einen objektiven Wert im Sinne eines in Geld abschätzbaren Interesses haben müsse, beiseite lassen. Denn es ist heute herrschende Meinung, daß dieses Merkmal nicht zu den Erfordernissen einer Obligation gehört

---

75) Nur auf die Verkehrsauffassung beziehen sich: Dernburg, Bürgerliches Recht II,1 (1899), S. 187 (§ 84); Larenz, Schuldrecht II, 6. Aufl.: S. 237. Von den Dissertationen: Pauly, S. 17; Heyl, S. 31. Nur auf Treu und Glauben beziehen sich: Martel, Diss., S. 30; Müller, Diss., S. 28. Auf die Verkehrsauffassung und Treu und Glauben beziehen sich: Balzereit, Diss., S. 19; Becker, Diss., S. 2; Martel, Diss., S. 25; Cramer, Diss., S. 10.

76) Nachweise bei Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I, 2, S. 627 (§ 109), Fußnote 5 zu b)

77) Hellwig AcP 86 (1896), S. 229/230; Dernburg, Bürgerliches Recht II, 1 (1899), S. 186 (§ 84); Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I, 2 (1903), S. 626 ff. (§ 109); v. Gierke, Deutsches Privatrecht III (1917), S. 53

und ihm deshalb kein Abgrenzungswert zukommt.[78)]

Davon abgesehen kann man drei Gruppen von Merkmalen unterscheiden:

(1) Ein verpflichtender Vertrag soll dann vorliegen, wenn dem Gefälligen erkennbar ist, daß der Gfktsempfänger die zugesagte Gfkt in seine

---

78) So schon unter der Herrschaft des Gemeinen Rechts: v. Jhering, JJ 18 (1880), S. 91 ff. Unter der Herrschaft des BGB: Kohler, AbR 12 (1897), S. 1 ff.; Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, 1897, S. 2 ff.; Kuhlenbeck, JW 1897, 361/362; Lehmann, Unterlassungspflicht (1906), S. 55 ff.; G. Boehmer, Der Erfüllungswille (1910), Fußnote 30 (S. 13/14); Fr. Leonhard, Schuldrecht I (1929), S. 49 ff. (§ 19). Auch Dernburg und Endemann halten den Geldwert der Leistung nur für eine notwendige, aber nicht ausreichende Voraussetzung der Verbindlichkeit eines Leistungsversprechens (Dernburg a.a.O. S. 187; Endemann a.a.O. S. 629/630). Ausdrücklich als herrschende Meinung bezeichnen es Enneccerus-Lehmann, daß das Geldinteresse nach dem BGB nicht zu den Erfordernissen der Obligation gehört (§ 1 IV Nr. 2, Fußnote 12).

Dispositionen einbezieht.[79] Teilweise schränkt man dieses Merkmal auf Dispositionen von vermögensmäßiger Relevanz ein.[80]

---

79) Zunächst hatte sich in der Dissertationsliteratur die Formulierung eingebürgert, ein verpflichtender Vertrag sei dann anzunehmen, wenn dem Empfänger besonders viel an der Gfkt liege, so daß er sich, falls sie ihm nicht erwiesen würde, die Leistung anderswie beschaffen müßte oder würde. So: Sugg, S. 15; Balzereit, S. 39; Becker, S. 6; Cramer, S. 11; Etzbach, S. 43 und 61; Lucas, S. 52. Pauly stellte dann hinsichtlich der Gfktsfahrt deutlicher darauf ab, ob der Versprechensempfänger sich nach einer anderen Fahrgelegenheit oder nach einer anderen Möglichkeit, sein Ziel zu erreichen, umgesehen haben würde, sofern ihm diese Fahrgelegenheit nicht geboten worden wäre (S.18). Ganz deutlich Propach in seiner Dissertation aus demselben Jahr: Eine Beförderungsverpflichtung ist anzunehmen, wenn der A einem Bekannten anbietet, ihn sofort mit seinem Wagen zur nächsten Stadt zu bringen, und hierbei weiß, daß der Bekannte zu einer bestimmten Frist in der Stadt sein muß und dort erwartet wird, und er einen bestimmten Zug bereits benutzt haben würde, wenn nicht das Anerbieten erfolgt wäre (S. 30/31). Blatzheim hält schließlich in seiner Dissertation aus dem Jahre 1952 bei der Gfktsfahrt eine Leistungspflicht für gegeben, wenn der andere "die versprochene Fahrt in seine Dispositionen einbezieht", was insbesondere der Fall sein soll, wenn er "sonstige Beförderungsmöglichkeiten preisgibt oder es unterläßt, sich rechtzeitig um solche zu bemühen", und "diese Umstände sich der Vorstellung des Versprechenden aufdrängen" (S. 46).

80) So H. Michaelis, Diss., S. 26/27; Theegarten, Diss., S. 2 ff.; Larenz, Schuldrecht II, 6. Aufl.: S. 237; Flume, Allg. Teil II, S. 83 und S. 87

(2) Ein verpflichtender Vertrag soll dann vorliegen, wenn das Erweisen der Gfkt nach Maßgabe einer objektiven Rangordnung der Werte wünschenswert ist.[81)]

---

81) Diese Formulierung stellt den Extrakt einer Kasuistik in der Dissertationsliteratur dar. So wendet man der Sache nach dieses Merkmal an, wenn man danach unterscheidet, ob ein gesunder Mensch mich bittet, mit ihm spazieren zu gehen oder ein kranker, der nicht ohne Hilfe gehen kann (Schröder, Diss., S. 41; Dahmann, Diss., S. 37). Oder wenn man in dem Fall, daß man mit seinem von der Reise kommenden Freund vorher ausmacht, man werde ihn an der Bahn erwarten und ihm seine Koffer tragen helfen, dann eine rechtliche Verpflichtung annimmt, wenn der Freund infolge eines körperlichen Schadens selbst nicht den Koffer tragen könnte (H. Michaelis, Diss., S. 23/24 in Verbindung mit S. 28). Oder wenn man das Versprechen, eine Person auf einer Reise zu begleiten, dann für verbindlich hält, wenn diese Person gebrechlich ist (Gonnermann, Diss., S. 21; H. Michaelis, Diss., S. 28). Oder wenn man einen obligatorischen Vertrag annimmt, wenn A dem B erlaubt, nach dessen Krankheit (!) seinen großen Park zu benutzen (Hempfing, Diss., S. 20 ff.; Balzereit, Diss., S. 30; Gonnermann, Diss., S. 33). Oder wenn man bei der Gfktsfahrt in dem Falle eine Verpflichtung annimmt, daß der Fahrzeughalter einem Arzt zusagt, ihn zu einer wichtigen Operation zu fahren (Becker, Diss., S. 6; Dahmann, Diss., S. 35; Fischer, Diss., S. 31; Heyl, Diss., S. 47). Ebenso, wenn man schließlich die Zusage, ein historisches Dokument oder ein seltenes Buch zu einer wissenschaftlichen Arbeit zur Verfügung zu stellen, ohne weiteres für rechtsverbindlich hält (Balzereit , Diss., S. 30; Gonnermann, Diss., S. 33; H. Michaelis, Diss., S. 30). Im letzten Falle spielt offenbar die Anschauung eine Rolle, daß die Wissenschaft etwas "Höheres" ist, etwas, das im Interesse der Allgemeinheit liegt. Diese Anschauung hat sich z. B. in § 33 a der Gewerbeordnung niedergeschlagen, der eine Gewerbeerlaubnis für nicht erforderlich erklärt, wenn ein "höheres" Interesse der Kunst oder Wissenschaft vorliegt (vgl. auch § 55 Abs. 1 Nr. 3 GewO).

(3) Ob ein verpflichtender Vertrag vorliegt oder nicht, soll von der Form und den begleitenden Umständen des Versprechens sowie von den sozialen Beziehungen der Parteien zueinander abhängen. So soll es ein Symptom für rechtliche Verbindlichkeit sein, wenn das Versprechen präzis und bündig, nicht allgemein und unbestimmt erfolgt; wenn es in der Form erfolgt, in der geschäftliche Dinge abgemacht zu werden pflegen; in der Umgebung und mit den Kautelen, die beim Geschäftsabschluß üblich seien.[82] Gegen rechtliche Verbindlichkeit soll es sprechen, wenn die Parteien einander, sei es verwandtschaftlich, freundschaftlich oder gesellschaftlich, verbunden sind.[83]

(4) Ein verpflichtender Vertrag soll nicht anzunehmen sein bei den Gfkten des täglichen Lebens, die entweder spontan oder auf eine entsprechende Bitte hin sofort vorgenommen werden.[84] Ein Beispiel dafür bietet unser Fall 7 [85]. Einerseits liegt dieser Ausgrenzung der Gedanke zugrunde, daß in diesen Fällen kein Versprechen gegeben wird, aus dem sich eine Bindung für die Zukunft

---

82) Kohler, AbR 12, 23. Diese Formel übernehmen Etzbach (Diss., S. 62) und H. Michaelis (Diss., S. 33/34).

83) Kohler, AbR 12, 24.

84) Leonhard, Allgemeines Schuldrecht, S. 82; wörtlich wie Leonhard Gonnermann, Diss., S. 20; ferner H. Schumacher, Diss., S. 39/40. Die Formel von den Gfkten des täglichen Lebens ist auch in die neuere Rechtsprechung eingegangen: BGHZ 21, 107; BGH NJW 1958, 905. Sie findet sich auch in der Kommentarliteratur (Z. B. Erman-Sirp Einl § 241 Anm. 7).

85) oben S. 16.

ergeben könnte (die Gfktshandlung wird ja sofort vorgenommen). Zum anderen spielt aber auch die Alltäglichkeit der Vorgänge eine Rolle.

(5) Ein verpflichtender Vertrag soll nicht vorliegen bei gewissen Zuwendungen im Rahmen der Bewirtung eines Gastes. So soll mit dem Gast kein Leihvertrag über das Zimmer, die Möbel, die Eßgeräte zustandekommen, kein Schenkungsversprechen, wenn er zum Mittagessen eingeladen wird, kein Verwahrungsvertrag über sein Gepäck, kein Auftrag, wenn er mit dem Wagen vom Bahnhof abgeholt wird.[86]

Die rechtliche Unverbindlichkeit eines Gfktsversprechens wird ganz überwiegend mit der Unterscheidung zwischen einem rechtlichen und einem bloß moralischen Verpflichtungswillen begründet. Man meint, bei den Gfkten wollten die Parteien im allgemeinen eine bloß moralische Verpflichtung begründen.[87] Beispielhaft mag aus der Dissertation

---

86) Enneccerus-Lehmann § 27 Nr. 6, S. 120 (Diese Ausführungen stammen unverändert von Enneccerus.); Küsters, Diss., S. 18; Cramer, Diss., S. 6; Fischer, Diss., S. 28; Heyl, Diss., S. 32.

87) Enneccerus-Lehmann a.a.O.; Lehmann, Allg. Teil, § 24 I; Enneccerus-Nipperdey, § 145 II A 1 b) (S. 897/898); Esser, Schuldrecht, § 7, 5 (S. 20/21); Blomeyer, Allg. Schldr., § 22 (2. Aufl./ S. 125); Stoll-Felgentraeger, Vertrag und Unrecht, § 10 II 3 a); Staudinger-Ostler, Einl. vor §§ 433 ff. Rdn. 9; Erman, 7 vor § 241. Von den Dissertationen u. a.: Sugg, S. 12/13; Balzereit, S. 17/18; Martel, S. 25; Cramer, S. 10; Dahmann, S. 26 ff.; Etzbach, S. 22 ff.; H. Michaelis, S. 14; Heyl, S. 30 ff.; Schröder, S. 29 ff. (§ 6). Schon Windscheid (Pandekten II, § 314, Fußnote 8 und § 316, Fußnote 3) und die Motive (II, S. 3) nahmen den Standpunkt ein, die Parteien hätten bei den Gfkten nicht den Willen, eine rechtliche Bindung herbeizuführen.

von H. Michaelis zitiert werden:[88]

> "Wohl wissen sie auch bei der Gfktsabrede, daß es unmoralisch, ehrlos ist, das Versprochene nicht zu erfüllen. Aber sie wissen auch dies: daß sie einen Bruch des unverbindlichen Versprechens nur vor ihrem eigenen Gewissen zu verantworten haben. Man mag diesen "Antrieb der Ehre" auch - wie Lenel - mit Bindung bezeichnen. Dann steht dem aber als Gegensatz die rechtliche Verpflichtung gegenüber. Durch einen Vertragsschluß wollen sich die Parteien eben nicht nur moralisch binden, sondern rechtlich verpflichten."

Eine mehr objektive Auffassung vertreten lediglich v. Jhering [89], Kohler[90] und in neuerer Zeit Fischer in seiner Dissertation.[91] Ersterer führt aus, das Versprechen habe den Umständen nach keinen geschäftlichen, rechtlich verpflichtenden, sondern einen rein freundschaftlichen Charakter, und als solches verpflichte es nicht. Kohler: Ob etwas nach diesen Kriterien gesellschaftlich oder juristisch wirke, sei natürlich eine Frage der menschlichen Ordnung und unterliege daher nicht dem Belieben der Parteivereinbarung. Allerdings könne die Art der Vertragsschließung ein Symptom dafür sein, daß das Versprechen juristisch sei; aber hierbei sei es nicht das Versprechen an sich, sondern das Versprechen in Verbindung mit den auf die Geschäftlichkeit hindeutenden und diese provozierenden Umständen, was die Verpflichtung in den Schatten des Rechtes rücke. Ganz ähnlich Fischer: Es sei dem Parteiwillen möglich, eine Verabredung oder Leistung, die ihrem typischen Charakter nach unter die "reinen Gfkten" falle, zu einer schuldrechtlichen Verpflichtung zu gestalten und damit der Vereinbarung rechtsverbindlichen Charakter zu geben. Es verbleibe allerdings dabei, daß in der Sphäre

---

88) S. 14.

89) JJ 18 (1880), S. 91 ff., insbesondere S. 94.

90) AbR 12, 25.

91) S. 29/30.

der Geselligkeit ein schuldrechtlicher Vertrag nicht möglich sei, es sei dem Willen der Parteien vielmehr nur möglich, eine Gfkt des täglichen Lebens, also einen Sachverhalt, der seiner typischen Eigenart nach unter die reinen Gfkten zu zählen sei, aus der Sphäre der Geselligkeit in die geschäftliche "emporzuheben" oder besser "zu versetzen": mit der Vereinbarung einer schuldrechtlichen Verpflichtung verliere der Sachverhalt seine Natur als reine Gfkt und werde zum Gfktsvertrage.[92]

Etwas anderes ist es und hat mit dem Problem der Gfkten nichts zu tun, wenn eine bereits aus dem Gemeinen Recht stammende Lehre gewissen Versprechen wegen ihres Inhalts den Rechtscharakter abspricht. Es handelt sich hier um Verabredungen der Geselligkeit, d. h. Verabredungen, die der Erheiterung oder Unterhaltung dienen,[93] ferner um Verabredungen der Freundschaft und der Familie sowie Versprechungen religiöser Art.[94] Kohler führt dazu aus:[95]

---

92) Eine objektive Betrachtungsweise klingt auch in der Rechtsprechung des VI. Zivilsenats des Reichsgerichts zur Gfktsfahrt durch. Es mag auf die oben in Note 56 angegebenen Urteile und die dort wiedergegebene Formulierung verwiesenwerden.

93) Definition von v. Jhering, JJ 18, S. 94.

94) Kohler, AbR 12, 19; Crome, System II, 1 (1902), S. 20; Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I, 2 (1903), S. 629/630 (§ 109); Enneccerus-Lehmann, § 1 IV Nr. 2; Flume, Allg. Teil II (1965), S. 82.

95) AbR 12, 17/18. Vielfach wird formuliert, eine Rechtspflicht scheide aus bei Verabredungen über Dinge, die nach unserer Lebensanschauung freie Äußerungen der Liebe oder des Anstandes sein sollen: Kohler, AbR 12, 21; Crome a.a.O.; Küsters, Diss., S. 13; Etzbach, Diss., S. 25. Enneccerus-Lehmann meinen, der Staat habe nicht die Aufgabe, solche Handlungen rein sittlichen Charakters zu erzwingen, die nach der Volksanschauung dem Rechte entzogen seien (a.a.O.).

"Wenn ich die Anwesenheit bei einem Diner oder Ball verspreche, oder wenn ich mich bereit erkläre, einer Dame die Jacke zu tragen, oder sie nach Hause zu begleiten, so ist dies alles nichts obligationsrechtliches, sollte ich auch der Hausfrau oder Dame auf ihren Vorhalt ausdrücklich gesagt haben, daß das Versprechen bitter ernst, in strengster juristischer Auffassung zu verstehen sei. Und wenn der Bräutigam der Braut oder der künftigen Schwiegermutter verspricht, hübsch artig zu Hause zu bleiben, sich das Rauchen abzugewöhnen, an Weihnachten seine regelmäßige Gratulation zu schicken und jede Woche von sich Nachricht zu geben, so sind das Versprechungen wie so viele, die außerhalb des Bereiches der Rechtsordnung stehen. Der Grund aber, warum hier die Rechtsnatur und damit auch der obligationsrechtliche Charakter gebricht, ist einleuchtend; es ist nicht der, daß solche Versprechungen nicht ernstlich gemeint oder nicht in Verpflichtungsabsicht verstanden seien: denn gerade solche Zusagen werden oft heilig und teuer gegeben, eine etwaige Mentalreservation wäre natürlich bedeutungslos, und die Erklärung, daß die Sache rechtlichen Charakter haben soll, könnte in allen Fällen bestimmt beigefügt werden, ... Der Grund, warum derartige Zusagen keinen rechtlichen Charakter annehmen, beruht darauf, daß sie einer Sphäre des Lebens angehören, die, weil sie nicht geschäftsmäßig ist und nicht geschäftsmäßig sein soll, dem Rechte nicht unterworfen werden darf."

Soweit man generell[96] oder lediglich auf Grund des Merkmals (1)[97] die Vertragsnatur der Gfkten bejaht, führt man auf dem Wege über ein Kündigungs- oder Widerrufsrecht des Gefälligen weitere Voraussetzungen, d. h. praktisch: Einschränkungen, eines Erfüllungszwangs ein. Im Anschluß an Geigel[98] wird in der

---

96) Siehe oben Note 66.

97) Siehe oben S. 27/28

98) SeuffBlätt 77, 42.

Regel[99] formuliert, dem Gefälligen sei ein nach den Grundsätzen von Treu und Glauben auszuübendes Kündigungsrecht zuzugestehen, kraft dessen der Gfktsschuldner den Vertrag noch so lange aufheben könne, "als dies ohne Schaden für den Gfktsnehmer geschehen könne". Buske führt in seiner Dissertation[100] etwas genauer aus, die Kündigung sei dann für unzulässig zu erachten, wenn sie ohne triftigen Grund erfolge, dem Gfktsgläubiger aber hieraus ein Schaden entsteht, der ihn schlechter stellt als wäre ihm die Gfkt überhaupt nicht erwiesen worden. Schumacher hält schließlich in seiner Dissertation[101] die Kündigung auch in diesem Fall für wirksam, billigt dem Gfktsgläubiger aber einen Anspruch auf Schadensersatz zu. Zu einer derartigen Regelung gelangt man auch, soweit man - wie etwa Becker[102], Larenz[103] und Flume[104] - Auftragsrecht anwendet. Denn auch der Beauftragte ist - sofern er nicht auf sein Kündigungsrecht verzichtet hat, § 671 Abs. 3 - jederzeit zur Kündigung des Auftrags berechtigt (§ 671 Abs. 1). Das Verbot der unzeitigen Kündigung (§ 671 Abs. 2, Satz 1) berührt die Wirksamkeit der Kündigung nicht.[105] Seine Verletzung begründet aber eine Schadensersatzverpflichtung (§ 671 Abs. 2 Satz 2).

Die Annahme eines verpflichtenden Vertrages führt

---

99) Hansen, Diss., S. 40; Gonnermann, Diss., S. 48.

100) S. 60

101) S. 54

102) Diss., S. 9. Becker weist selbst auf § 671 hin (S. 11)

103) Schuldrecht II, 6. Aufl.: S. 237

104) Allg. Teil II, S. 87

105) Palandt-Gramm, Anm. 3 zu § 671, Weitere Nachweise unten Note 259 (S. 89)

zur Anwendung der Vorschriften des Besonderen Schuldrechts, die bei bestimmten unentgeltlichen Verträgen einen von § 276 abweichenden milderen Haftungsmaßstab anordnen. Aus diesen Vorschriften leitet ein Teil des Schrifttums eine allgemeine Milderung der Haftung eines Gefälligen her, ohne zu berücksichtigen, daß das Gesetz im Auftrag einen Gfktsvertrag kennt, bei dem der Gefällige für jede Fahrlässigkeit haftet.[106] Andere Autoren gelangen dadurch zu einer Haftungsmilderung, daß sie dem § 662 entgegen der herrschenden Lehre, die jede fremdnützige Tätigkeit dem Auftragsrecht unterstellt,[107] einen engen Begriff der Geschäftsbesorgung zugrundelegen, der beispielsweise die praktisch bedeutsame Gfktsbeförderung nicht umfaßt.[108] Siber wiederum entschließt sich zwar nicht zu einer restriktiven Interpretation des § 662, will aber bei den "kleinen Gfktsaufträgen des täglichen Lebens" den Haftungsmaßstab im Einzelfall (besonders bei aufgedrängten Aufträgen) "nach § 157" mildern.[109] Einige Autoren verneinen auch das Vorliegen eines Auftrags für die typische "Anhalter"-Situation, bei der der Gefällige die Fahrt nicht eigens für den Gfktsempfänger unternimmt, die Gfkt sich vielmehr in der Mitnahme auf einer ohnehin unternommenen

---

106) Geigel, SeuffBlätt 77, 43/44 und 45; Böckel HdRW II, S. 612 (unter IV 3 a); Staudinger-Ostler Einl. vor §§ 433 ff. Rdn. 9.

107) Larenz, Schuldrecht II, 8. Aufl., § 52 I, S. 254, Fußnote 1 mit Nachweisen; Esser, Schuldrecht, § 139,7.

108) So Kohler, Schuldrecht, § 43 I + II (S. 116/117), § 145 I 1 (S. 390); Jung AcP 117; S. 61, Buske, Diss., S. 37/38; Blatzheim, Diss., S. 61/62.

109) Siber, Schuldrecht, S. 365; ebenso in wörtlicher Anlehnung an Siber: Gonnermann, Diss., S. 54.

Fahrt erschöpft.[110]

Soweit das Schrifttum in dem Bereich, der nach der herrschenden Lehre dem Auftragsrecht zu unterstellen ist, gleichwohl zu einer Haftungsmilderung gelangt, befürwortet es überwiegend eine Beschränkung auf die Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit. Ein Teil bezieht sich zur Begründung dafür sowohl auf die §§ 521, 599, als auch auf § 690, obwohl der Gefällige nach § 690 nicht nur für grobe Fahrlässigkeit, sondern darüber hinaus (vgl. § 277) auch für die eigenübliche Sorgfalt einzustehen hat.[111] Ein anderer Teil bezieht sich nur auf § 521, indem er die Schenkung als die Grundform der unentgeltlichen Zuwendung sieht, auch den Haftungsmaßstab der eigenüblichen Sorgfalt aus prozessualen Gründen ablehnt.[112] Soweit man speziell die Mitnahme eines "Anhalters" nicht dem Auftragsrecht unterstellen will, wendet man teilweise unmittelbar Leiherecht an.[113] Für eine Beschränkung der Haftung des Gefälligen auf Vorsatz und eigenübliche Sorgfalt sprechen sich nur Hempfing, Küsters und Blatzheim in ihren Dissertationen, ferner Weber im Kommentar

---

110) So Jung AcP 117, S. 59; Balzereit, Diss., S. 43; Küsters, Diss., S. 40/41; Pauly, Diss., S. 20.- Küsters und Pauly schließen sich eng an die Ausführungen des VI. Zivilsenats des Reichsgerichts in RGZ 65, 17 ff. an. Für Anwendung des Auftragsrechts dagegen: Krückmann SeuffBlätt 74, 116/117; Etzbach, Diss., S. 71/72; Becker, Diss., S. 8.

111) So Geigel a.a.O.; Staudinger-Ostler a.a.O.

112) So Böckel a.a.O.; ihm folgend Buske, Diss., S. 61/62.

113) So Jung a.a.O.; Balzereit a.a.O.

von Staudinger aus.[114]

Die Vertreter der Vertragstheorie gehen davon aus, daß durch eine gesetzliche Begrenzung der Vertragshaftung auf bestimmte Schuldformen auch nach Deliktsrecht eine strengere Haftung wegen derselben Handlung ausgeschlossen wird.[115]

Kritik:

1. Die generelle Annahme eines verpflichtenden Vertrages[116] und die Auffassung, ein verpflichtender Vertrag liege dann vor, wenn dem Gefälligen erkennbar sei, daß der Gfktsempfänger die zugesagte Gfkt in seine Dispositionen einbeziehe,[117] sind aus zwei Gründen verfehlt:

(1) Die Konstruktion einer Leistungspflicht, die der Verpflichtete nach Belieben (nach "Willkür"[118])

---

114) Hempfing, Diss., S. 40/41; Küsters, Diss., S. 47/48; Blatzheim, Diss., S. 56 ff.; Staudinger-Weber, Einl. z. II. Band (vor § 241), Rdn. J 38 a. E. - Auch Diele, Diss., S. 94 oben, und Beitzke, MDR 1958, 678, befürworten eine Beschränkung der Haftung auf die eigenübliche Sorgfalt, gehen freilich nicht von der Annahme einer vertraglichen Haftungsgrundlage aus.

115) Geigel, SeuffBlätt 77, 44; Siber, Schuldrecht, S. 182; Küsters, Diss., S. 50/51; Müller, Diss., S. 34/35; Pauly, Diss., S. 21; Blatzheim, Diss., S. 66/67.

116) Siehe oben Note 73 (S. 25).

117) Siehe oben S. 27 zu (1).

118) Siehe § 974 ABGB: Wenn man bei der Überlassung einer Sache zum Gebrauch weder die Dauer noch die Absicht des Gebrauches bestimmt habe, so entstehe "kein wahrer Vertrag" (gemeint ist: keine Leistungspflicht), sondern ein "unverbindliches Bittleihen", und der Verleiher könne die entlehnte Sache "nach Willkür" zurückfordern.

durch Erklärung gegenüber dem Berechtigten aufheben kann,[119] ist wenig überzeugend. Die Leistungspflicht hat den Zweck, dem Gläubiger Gewähr für die Erlangung der Leistung zu verschaffen.[120] Eine solche Gewähr vermag eine Leistungspflicht, die durch eine willkürliche Erklärung des Verpflichteten auflösend bedingt ist, nicht mehr zu bieten. Richtigerweise besteht in einem solchen Falle überhaupt keine Leistungspflicht. Dem entsprechend hat auch das Reichsgericht sich mit Recht auf den Standpunkt gestellt, daß, wer sich verpflichte, falls er künftig wolle, gegenwärtig eine verpflichtende Erklärung noch nicht abgebe.[121]

(2) Die Annahme eines Erfüllungszwangs von dem Augenblick ab, in dem der Gfktsempfänger die zugesagte Gfkt in seine Dispositionen einbezogen hat und diese Dispositionen nicht ohne Schaden rückgängig machen kann, führt zu unangemessenen Ergebnissen, Der Gefällige haftet dann nämlich bei Verzug oder verschuldeter Unmöglichkeit nicht nur auf das Vertrauens-, sondern auch auf das Erfüllungsinteresse. Gelingt es beispielsweise dem Bekannten im Falle 5 [122] wider Erwarten doch noch, rechtzeitig eine Fahrgelegenheit zu bekommen, so daß er trotz der Verspätung des Gefälligen den Zug erreicht, so ist der Gefällige nunmehr verpflichtet, ihm die gesamten Kosten für die Fahrt zum Bahnhof nach § 280 zu ersetzen (er war verpflichtet, ihn unentgeltlich dorthin zu bringen!). Der Gefällige muß also auch

---

119) Eine solche Leistungspflicht soll bestehen, solange der Gfktsempfänger noch keine Dispositionen getroffen hat oder getroffene Dispositionen noch ohne Schaden wieder rückgängig machen kann, nach manchen (siehe oben S. 35, Noten 101 - 104) auch nach diesem Zeitpunkt noch.

120) Protokolle I S. 280.

121) RGZ 72, 385/386.

122) Siehe oben S. 16.

diejenigen Kosten ersetzen, die der Bekannte auch dann gehabt hätte, wenn ihm die Gfkt nicht zugesagt oder die Zusage rechtzeitig zurückgenommen worden wäre.

2. Die Auffassung, ein verpflichtender Vertrag liege dann vor, wenn das Erweisen der Gfkt nach Maßgabe einer objektiven Rangordnung der Werte wünschenswert sei,[123] ist mit der Annahme der Privatautonomie unvereinbar und verstößt daher gegen § 305. Das Prinzip der Privatautonomie steht in der Tradition des kantischen Freiheitsbegriffs.[124] Die Freiheit des Willens besteht aber nach Kant darin, daß der Wille selbst Werte schafft, daß er also nicht an einem ihm gegenüberstehenden inhaltlichen Maßstab gemessen werden kann.[125] Es handelt sich hier um eine bestimmte Struktur des Wertbegriffs. Radbruch beschreibt diese Struktur folgendermaßen:[126]

> "Nach der einen Auffassung ist der sittliche Wert ein für alle gleichermaßen gültiges Vorbild - gleichviel ob als 'Christ' oder als 'Übermensch' oder als rein formal bestimmter Kantischer 'Pflichtmensch'-, das deshalb auch grundsätzlich in einem einzelnen Individuum vollkommen in Erfüllung gehen kann, nach der anderen eine Form, die erst durch ihre Anwendung auf die verschiedenen Individuen ihren sittlich nicht minder bedeutsamen Inhalt, und für jedes Individuum einen anderen Inhalt, erhält,..."

---

123) Siehe oben S. 29 zu (2).

124) Wieacker, Willenserklärung und sozialtypisches Verhalten, S. 277.

125) Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen, S. 239/240.

126) Einführung in die Rechtswissenschaft, S. 29.

Mit diesem Wertbegriff ist es unvereinbar, wenn man, wie es das kritisierte Merkmal fordert, den Vertragszweck nach Maßgabe der communis opinio bzw. der Vorstellung des Richters von der Gestaltung der Wirklichkeit beurteilt. Dies schreibt weder § 138 vor, wenn er Verträge für nichtig erklärt, die gegen die guten Sitten verstoßen, noch § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, der - unter Vorbehalt zahlreicher Ausnahmen - Verträge für nichtig erklärt, die geeignet sind, den Wettbewerb zu beschränken. Auch § 2 Abs. 1 des Preisgesetzes vom 10.4.1948/ 7.1.1952 ermächtigt den Wirtschaftsminister nach der Auslegung des Bundesverfassungsgerichts[127] nicht, mit Hilfe von Preisanordnungen und - verfügungen wirtschaftspolitische Ziele zu verwirklichen. In all diesen Fällen handelt es sich nur um die Versagung der zwangsweisen Durchsetzung von Verträgen, deren Durchführung zu Störungen Dritter im Sinne des im 19. Jahrhundert entwickelten Polizeibegriffs führen würde, Störungen, die trotz der prästabilierten Harmonie ("Laissez faire, laissez passer, le monde va de lui-même") einmal eintreten mögen. Die grundsätzliche Anerkennung der Privatautonomie wird durch diese Schranken nicht in Frage gestellt.

Auch der Grundsatz von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte, der bei der Gestaltung der Verträge mitwirkt (§§ 157, 242), stellt die Anerkennung der Privatautonomie und

---

127) BVerfGE 8, 274, 311, 313, 324.

damit des bezeichneten Wertbegriffs nicht in Frage. Der Grundsatz von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte setzt sich nicht über die Parteiinteressen hinweg, sondern hebt diese lediglich im Sinne der Hegelschen Dialektik in einem dreifachen Sinne auf, indem er sie überwindet, bewahrt und auf eine höhere Ebene emporhebt. Diesen Prozeß hat Stammler folgendermaßen beschrieben:[128]

> "Zwei widerstreitende Interessen von Privatpersonen stehen einander gegenüber; ein feindselig verschiedenes Begehren und Erbitten ist vorgetragen; - so soll der Richter fragen: Wie ist die Entscheidung unter ihnen zu treffen, wenn ... jeder von ihnen nicht nur subjektives Wünschen hegte und nicht bloß persönlichen Zwecken nachginge, sondern zugleich die Zwecke des andern als die seinigen auch aufnähme? Was ergibt sich in dem vorliegenden Streitfalle, wenn keiner nach dem zu fällenden Spruche des Rechtes bloß als Mittel zu Zwecken des andern, sondern zugleich als Selbstzweck geachtet werden soll; wo läuft danach die objektiv zu bestimmende Grenze zwischen ihren nur subjektiven Forderungen, in denen sie einander verklagen und gegenüberstehen?"

Daß dies die Privatautonomie nicht berührt, daß das Prinzip der Privatautonomie vielmehr eine derartige Betrachtungsweise des Richters fordert, hat neuerdings Pawlowski unter Rückbesinnung auf den idealistischen und transzendenten Willensbegriff bei Kant und Hegel nachgewiesen.[129] Er führt aus, rechtliche Beziehungen, die auf Freiwilligkeit beruhten, seien nur möglich, wenn die Partner bei der Begründung dieser Beziehungen davon ausgingen, daß

---

128) Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, S. 43.

129) Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen, insbes. § 10 (S.232 ff.)

der andere frei ist.[130] Den anderen könne man aber nur dann als frei erfahren, wenn man einerseits darauf verzichtet, nach den sinnlichen Antrieben (Motiven) seiner Handlungen (Erklärungen) zu forschen und wenn man andererseits diese Handlungen (Erklärungen) als Ausprägung eines freien Willens versteht.[131] Als "freier Wille" des anderen stelle sich aber der "vernünftige Wille" des anderen dar.[132] Bei einer Willenserklärung handele es sich um die Vernünftigkeit im Hinblick auf die Regelung gegenseitiger Beziehungen, das bedeute: um das Recht.[133] Den "freien Willen des anderen" erfahre man demnach, wenn man ihn als "rechtserzeugenden Willen" verstehe, als Willen, der "Recht setze". Damit erkenne man gleichzeitig an, daß dieser Wille durch das Recht bestimmt sei.[134]

3. Gegen den Abgrenzungswert der Merkmale (3) bis (5)[135] läßt sich, jedenfalls wenn man die Frage des Vorhandenseins einer vertraglichen Leistungspflicht stellt, nichts einwenden. Bisher nicht gelungen ist aber der Versuch, diese Merkmale konstruktiv in der Weise auf den Parteiwillen zurückzuführen, daß man zwischen einem rechtlichen und einem bloß moralischen Verpflichtungswillen unterscheidet.[136] Sieht man

---

130) a.a.O. S. 252
131) a.a.O. S. 251
132) a.a.O. S. 249
133) a.a.O. S. 250.
134) a.a.O. S. 251.
135) Siehe oben S. 30/31
136) Siehe oben S. 31 mit Nachweisen in Note 87.

sich nämlich die Kriterien genauer an, so stellt man fest, daß es hier nicht darum geht, wie der Gfktsempfänger die Erklärung des Gefälligen nach der Lebenserfahrung - rein empirisch-psychologisch gesehen - verstehen mußte, sondern daß hier bereits der Wille der Parteien nach objektiven rechtlichen Kriterien beurteilt wird. Freilich wird der Parteiwille nicht an einem ihm gegenüberstehenden inhaltlichen Maßstab gemessen, wie bei dem Merkmal (2)[137], den Maßstab bildet vielmehr die Verkehrssitte im Sinne der §§ 157, 242, die Wieacker als "sozialpsychologische Befunde" definiert, die zu "den rechtsbildenden oder doch Recht integrierenden Gruppenvorstellungen" gehören, "mit denen die Gesellschaft an der Ausbildung ungeschriebenen Rechts teilnimmt"[138]. Daß die Merkmale (3) bis (5) nicht auf den empirisch-psychologischen Parteiwillen zugeschnitten sind, daß sie vielmehr auf gewisse Vorstellungen der Gesellschaft Bezug nehmen, leuchtet unmittelbar ein, wenn in Dissertationen zur Begründung der rechtlichen Unverbindlichkeit eines Gfktsversprechens ausgeführt wird:

> "Insbesondere sträubt sich ein gewisses Gefühl, das auf dem Gebiet der Moral liegt, dagegen, einen Gefälligen zu und aus Gfkt zu zwingen." 139)
>
> "Nach der im Volke herrschenden Anschauung ist hier in der Beförderung ein Freundschaftsdienst zu erblicken, der schwerlich als rechtlich verpflichtend anzusehen sein dürfte." 140)

---

137) Dazu soeben zu 2. (S.40 ff.).

138) Wieacker, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, S. 15, Fußnote 29.

139) Hinrichs, Diss. (Auszug).

140) Becker, Diss., S. 3.

> "Schon rein empfindungsmäßig widerstrebt es hier, den Abschluß von Verträgen anzunehmen. 141)

Im übrigen läßt sich die rechtliche Unverbindlichkeit eines Gfktsversprechens auch deshalb nicht mit der Unterscheidung zwischen einem rechtlichen und einem bloß moralischen Verpflichtungswillen begründen, weil sich auch bei den Austauschverträgen des täglichen Verkehrs, bei denen eine glatte Abwicklung üblich ist und daher auch erwartet wird, typischerweise lediglich das Bewußtsein eines Sollens findet, das sich weder rein rechtlich, noch rein sozial oder moralisch charakterisieren läßt[142]. Lehmann führt denn auch in seinem Lehrbuch des Allgemeinen Teils aus:[143]

> "... es genügt, daß der Erklärende den wirtschaftlichen Erfolg auf rechtlichem Wege als einen rechtlich gesicherten erreichen will. Und eine solche Vorstellung ist in der Regel (sic!) im rechtsgeschäftlichen Verkehr auch vorhanden ..."

Wenn eine derartige Vorstellung im rechtsgeschäftlichen Verkehr nur in der Regel vorhanden ist und vorhanden zu sein braucht, so kommt es offenbar nicht entscheidend darauf an, daß ihr Bestehen im Einzelfall festgestellt werden kann.

Die objektive Auffassung v. Jherings, Kohlers und Fischers [144] krankt daran, daß sie mit dem vom Gemeinen Recht - wohl unter dem Einfluß des vernunftrechtlichen Postulats: pacta sunt servanda - aufgestellten Satz, daß jeder formlose Vertrag klagbar sei, im Widerspruch steht. Denn dieser

---

141) Martel, Diss., S. 20.
142) So Brose AcP 130 (1929), S. 197.
143) § 24 I.
144) Siehe oben S. 32

Satz erklärt den Willen der Parteien zum alleinigen Maßstab für das Vorhandensein einer rechtlichen Verbindlichkeit. Es ist also erforderlich, die Abgrenzung zwischen rechtlich verbindlichen und unverbindlichen Gfktsversprechen mit dem Prinzip der Privatautonomie zu verbinden, wie es die Lehre vom rechtlichen Verpflichtungswillen - wenn auch nicht überzeugend - versucht.

Ergebnis:

Die Bewertung der Gfkten als verpflichtender Verträge ist nur zum Teil möglich. Maßstab sind gewisse sozialpsychologische Befunde, die an die Form und die begleitenden Umstände der Gfktszusagen anknüpfen, wobei die Frage offenbleibt, wie die teilweise rechtliche Unverbindlichkeit der Gfktszusagen dogmatisch zu begründen ist.

2. Versuche, der besonderen Eigenart der Gfkten auf der Grundlage der Annahme eines deliktischen Verhältnisses gerecht zu werden.

a) Die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Gfktsfahrt hat die deliktische Haftung des Gefälligen teils durch die Konstruktion eines (stillschweigenden) Haftungsausschlußvertrages, teils durch den Gesichtspunkt der Einwilligung zu beschränken versucht. Die Einwilligung verstand sie dabei im Anschluß an die Ausführungen Flads[145] als einseitige empfangsbe-

145) Handeln auf eigene Gefahr, Recht 1919, Sp. 13 ff.

dürftige Willenserklärung, bezogen auf eine möglicherweise auf der Fahrt eintretende Verletzung[146]. Die Annahme eines vertraglichen Haftungsausschlusses oder einer Einwilligung in eine möglicherweise auf der Fahrt eintretende Verletzung setzen nach der Rechtsprechung voraus:

(1) Es müssen Umstände vorliegen, die die Möglichkeit einer Gefährdung des Fahrgastes begründen.

(2) Die Gefährdungsmöglichkeit muß für den Fahrgast in dem Zeitpunkt, in dem er sich dem Fahrer anvertraut, erkennbar sein.

(3) Das schadensursächliche Verschulden des Fahrers muß sich darin erschöpfen, daß er den Fahrgast der für diesen erkennbaren Gefahr aussetzt.

Die Rechtsprechung verlangt abweichend von der soeben angeführten Formel das Vorliegen "besonderer" Umstände, die eine "besondere", d. h. über die allgemein mit der Fahrt in einem Pferdefuhrwerk oder einem Kraftfahrzeug verbundene Gefahr hinaus-

---

146) Grundlegend: Urteil des VI. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 19. 6. 1933, RGZ 141, 262 ff. (265) = JW 1933, 2389 ff. (Nr. 7).
Ferner: Urteil des VI. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 28.5.1934, JW 1934, 2033 ff. (Nr. 1), insbes. S. 2035.

gehende Gefährdung des Fahrgastes begründen.[147] Das Merkmal der besonderen Schwere der Gefährdung hat aber keine selbständige Bedeutung und braucht daher nicht besonders genannt zu werden. Denn es ergibt sich bereits aus der zu (3) aufgeführten Voraussetzung. Danach soll sich der Haftungsausschluß nur auf das Verschulden erstrecken, das schon in dem Antritt der Fahrt zu sehen ist, nicht dagegen auf Sorgfaltspflichtverletzungen während der Fahrt. Im allgemeinen liegt aber darin, daß sich jemand an das Steuer eines Kraftfahrzeugs setzt, kein Verschulden. Dafür sind eben "besondere" Umstände erforderlich, die eine "besondere" Gefährdung begründen, wie die Fahruntüchtigkeit des Fahrers (namentlich infolge Alkoholgenusses) oder die mangelnde Verkehrssicherheit des Fahrzeugs.

Die Rechtsprechung verlangt weiterhin abweichend von der angeführten Formel das Gefährdungsbewußtsein des Gfktsfahrgastes. Diese Voraussetzung

---

147) RG JW 1911, 28 ff. (Nr. 5); Recht 1915, Nr. 862; JW 1926, 2534; JW 1932, 2025 (Nr. 12) = Warneyer Rspr 1932, Nr. 72 (S. 147 ff.); Warneyer Rspr 1932, Nr. 73 (S. 149 ff.); RGZ 145, 390 ff. = JW 1935, 1021 ff. (Nr. 9); RG JW 1936, 1890 ff. (Nr. 4); OGHbrZ DAR 1951, 24 ff. (25); OLG Tübingen DAR 1951, 178 (Nr. 89); DAR 1952, 6 (Nr. 3); OLG Kassel VersR 1954, 38; OLG Karlsruhe VersR 1955, 630 ff. (Nr. 815); OLG Oldenburg DAR 1956, 296 ff. (297); BGH VersR 1956, 388 ff. (389); VersR 1956, 589 ff. (590 zu III. a. E.); VersR 1957, 315 ff.; VersR 1957, 718; VRS 13, 401 (Nr. 168) (402/403 zu II. und III.); VersR 1958, 309; VersR 1958, 377 ff. (zu III. 3.); OLG München VersR 1958, 459 ff. (Nr. 521); OLG Stuttgart VersR 1958, 473 ff. (Nr. 542; BGH VersR 1959, 386 = BGHZ 30, 46; VersR 1962, 252 ff. (253 zu 2.).

stellt sie aber lediglich mit Rücksicht auf die Konstruktion eines selbständigen Haftungsverzichts bzw. einer Einwilligung auf. Der Sache nach begnügt sie sich mit der Erkennbarkeit der Gefährdungsmöglichkeit. Als Beleg mögen folgende Zitate dienen, die die Fahruntüchtigkeit infolge Trunkenheit betreffen:

LG Konstanz:[148)]

> "Der Kläger kannte also sämtliche Umstände, die eine mögliche Fahruntüchtigkeit des Beklagten bedingten. Mithin (sic!) hatte er auch das Bewußtsein, auf der nächtlichen Irrfahrt könnten Gefahren entstehen, die eine Verletzung seiner Person zur Folge haben könnten."

OLG Karlsruhe (Senat Freiburg) in der Berufungsentscheidung dazu:[149)]

> "Daß durch die nach einer langen Fahrt eintretende Ermüdung die Fahrsicherheit erheblich nachläßt, daß der Genuß auch nur geringer Alkoholmengen die Fahrtüchtigkeit nur noch weiter verringern konnte, ist so allgemein bekannt und auch so naheliegend, daß mit dem LG unbedenklich davon ausgegangen werden kann, daß sich auch der Kläger der aus diesen Umständen erwachsenden Gefahren bewußt war."

OLG Stuttgart:[150)]

> "Auf den angeblich nüchternen Eindruck kommt es nicht an. Der ASt wußte, daß der AGeg. übermüdet war und Alkohol genossen hatte, weil er sich die ganze Zeit in seiner Nähe befand, und setzte sich trotzdem der Gefahr aus, daß der Gegner das Fahrzeug nicht mehr sicher lenken könnte."

---

148) VersR 1954, 228.

149) VRS 7, 170, Nr. 78.

150) VersR 1955, 318, Nr. 424.

OLG Düsseldorf:[151]

> "Wußte der Ehemann der ASt, daß der Ag bereits vor Antritt der Fahrt in seinem Beisein Alkohol getrunken hatte, und sah er, daß der Ag während der Fahrt weiter Alkohol genoß, dann war er sich auch bewußt, daß dieser Alkoholgenuß des Fahrers seine Fahrtüchtigkeit beeinträchtigen und ihn möglicherweise gefährden werde. Denn die Kenntnis vom Alkoholgenuß eines Kraftfahrers ist im allgemeinen der Kenntnis von seiner Fahruntüchtigkeit oder seiner verringerten Fahrtüchtigkeit gleichzusetzen."

OLG München:[152]

> "Daß der Getötete Art und Menge der vom Beklagten genossenen alkoholischen Getränke und damit (sic!) seine Fahruntüchtigkeit positiv gekannt habe, kann der Beklagte selbst nicht behaupten."

Wenn in der Rechtsprechung die Haftungsbefreiung an dem fehlenden Gefährdungsbewußtsein scheiterte, so handelte es sich entweder darum, daß der Fahrgast schon die Umstände, die die Gefährdungsmöglichkeit begründeten, nicht kannte, insbesondere von dem Alkoholgenuß des Fahrers nichts wußte,[153] oder darum, daß er trotz der Kenntnis dieser Umstände annehmen durfte, es bestehe keine Gefahr, insbesondere: der Fahrer werde noch fahrtüchtig sein[154].

---

151) VersR 1957, 343, Nr. 398.

152) VersR 1962, 772, Nr. 527.

153) So in RG JW 1937, 1633, Nr. 5; BGH VRS 9, 172, Nr. 79 (173 zu II.); VersR 1955, 278 ff.; VersR 1957, 26 ff., Nr. 31; VersR 1958, 309; VersR 1962, 252 ff. (253 zu 3.); OLG München VersR 1963, 51 ff., Nr. 20; BGH VersR 1963, 165, Nr. 96; VersR 1964, 1047 ff. (zu III. 1. a), S. 1048).

154) So in RG DR 1941, 1067 ff.; OLG Karlsruhe VersR 1957, 791, Nr. 959.

Bezeichnenderweise referiert der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in dem Urteil, in dem er sich von der Konstruktion einer Einwilligung in den Verletzungserfolg abwendet und stattdessen die Anwendbarkeit des § 254 befürwortet, die bisherige Rechtsprechung dahin, daß eine Haftung entfalle, wenn sich jemand ohne triftigen Grund in eine Situation drohender Eigengefährdung begebe, obwohl er die besonderen Umstände kenne, die für ihn eine konkrete Gefahrenlage begründeten.[155]

In der Formulierung des Merkmals zu (3) sind wir Hans Stoll gefolgt.[156] Es tritt zum Beispiel hervor, wenn der VI. Zivilsenat des Reichsgerichts das Vorliegen eines stillschweigenden Haftungsausschlusses in einem Fall verneint, in dem zwar das Fahrzeug, wie dem verunglückten Fahrgast bekannt gewesen war, nur ungenügend beleuchtet war, der Unfall aber mit diesem Fehler des Fahrzeugs nichts zu tun hatte;[157] oder in einem Fall, in dem der Mitgenommene zwar den schlechten Zustand der Straße und das Vorhandensein einer nicht ungefährlichen Kurve auf der Strecke, ferner den Umstand, daß die Fahrt zur Dunkelheit im Herbst ausgeführt wurde, sowie endlich die Bauart des Wagens kannte, die für ihn als Insassen bestimmte Gefahren bot, die Fahrlässigkeit aber im Einhalten

---

155) Urteil vom 14. 3. 1961, BGHZ 34, 355 ff., insbesondere S. 358 (weitere Fundstellen siehe oben Fußnote 11).

156) Handeln auf eigene Gefahr, S. 49.

157) Urteil vom 30. 11. 1933, JW 1934, 346 ff., Nr. 4.

einer zu großen Geschwindigkeit bestand[158) 159)].

Nach dem 2. Weltkrieg versuchte man, die Konstruktion eines Haftungsausschlußvertrages oder einer rechtsgeschäftlich verstandenen Einwilligung durch eine andere Begründung zu ersetzen.

Ein Teil des Schrifttums sprach sich für eine unmittelbare Heranziehung des § 242 aus.[160)] Dieser Ansicht schloß sich das OLG Oldenburg in einem Urteil vom 1. 11. 1955[161)] an.

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs befürwortete dagegen in seinem grundsätzlichen Urteil vom 14. 3. 1961[162)] nach dem Vorgang von Karl Müller[163)] und gleichzeitig mit Hitzfeld[164)] und Hans Stoll[165)] eine Heranziehung des § 254. Er ließ sich dabei im wesentlichen von den Erwägungen leiten, die schon Karl Müller

---

158) Urteil vom 2. 4. 1936, JW 1936, 1890 ff., Nr. 4.

159) Weitere Belege aus der Rechtsprechung bei Wangemann MDR 1956, 387, und Hans Stoll, Handeln auf eigene Gefahr, S. 47 bis 49.

160) Geigel, JZ 1951, 590; Wangemann, NJW 1955, 85 und MDR 1956, 385; Böhmer, VersR 1957, 205 ff. und MDR 1958, 77; Bemmann, VersR 1958, 584 ff.

161) DAR 1956, 296 ff.

162) BGHZ 34, 355 ff. Weitere Fundstellen siehe oben S. 4, Fußnote 11.

163) Haftungsausschluß durch Beteiligung des Verletzten an gefährlichen Veranstaltungen, Diss. Köln 1934, S. 40 ff.

164) Das Handeln auf eigene Gefahr als Rechtsgeschäft. Eine fragwürdige Konstruktion der Rechtsprechung, Diss. Freiburg i. Br. 1961, S. 143 ff.

165) Das Handeln auf eigene Gefahr. Eine rechtsvergleichende Untersuchung, 1961, S. 305 ff. (§ 21)

angestellt hatte. Dieser hatte in seiner Dissertation ausgeführt:[166]

> "... dieser (§ 254) hat den Sinn, auch das Recht des Schadensersatzes unter Treu und Glauben zu stellen. Der Billigkeitsmaßstab ist also aus dem Gesetze zu entnehmen, ohne daß erst den Parteien eine 'stillschweigende Vereinbarung' darüber untergeschoben werden müßte."

Und vorher:[167]

> "Alle Fälle, in denen das Reichsgericht mit solchen Mitteln die Verschuldenshaftung beseitigt hat, zeichnen sich dadurch aus, daß dabei besondere gefahrdrohende Umstände vorhanden sind, die der Fahrgast gekannt haben muß. Wer aber trotz Kenntnis derartiger Umstände sich an der Fahrt beteiligt, gibt damit noch lange nicht irgendwelche komplizierten Willenserklärungen ab für den Fall, daß ein Schaden eintreten sollte, an dessen Möglichkeit er in Wahrheit überhaupt nicht denkt, sondern er handelt schuldhaft."

Teilweise begnügte man sich damit, den Einwilligungsgesichtspunkt dahin zu korrigieren, daß sich die Einwilligung nicht auf den Erfolg, sondern auf die Gefährdung beziehe, und daß die Einwilligung keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung sei, deren Wirksamkeit Geschäftsfähigkeit des Erklärenden voraussetze, sondern daß es sich lediglich um die tatbestandliche Voraussetzung eines Rechtfertigungsgrundes handele, für die eine gewisse Einsichtsfähigkeit genüge.[168]

---

166) S. 43

167) S. 40

168) So Deutsch, RabelsZ 1966, 756

Hinsichtlich des Erfordernisses der Einsichtsfähigkeit konnte man dabei auf das Strafrecht sowie auf die zivilgerichtliche Rechtsprechung zur Einwilligung eines Minderjährigen in einen ärztlichen Eingriff zurückgreifen. Dort ist anerkannt, daß zur Wirksamkeit der Einwilligung eines einsichtsfähigen Minderjährigen nicht die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erforderlich ist.[169] Zum Bezugspunkt der Einwilligung bei einer fahrlässigen Tat führt das OLG Celle in einem Urteil vom 25. 11. 1963 in einer Strafsache aus:[170]

> "Gegenstand der Einwilligung ist bei der im Kraftfahrzeugverkehr erlittenen fahrlässigen Körperverletzung (bei welcher der Erfolg ohne oder gegen den Willen des Täters eintritt) nicht der von dem Einwilligenden ebensowenig gewollte Erfolg, sondern das Vorhaben des Handelnden, ... "

b) Ein Teil des Schrifttums versucht dadurch der besonderen Eigenart der Gfkten gerecht zu werden, daß er die Haftung des Gefälligen hinsichtlich des Haftungsmaßstabs ungeachtet der Annahme einer deliktischen Haftungsgrundlage wie eine vertragliche Haftung behandelt. Hier sind einmal diejenigen Autoren zu nennen, die eine Milderung der Haftung des Gefälligen in der Weise zu begründen suchen, daß sie die Regeln der ergänzenden Vertragsauslegung anwenden. Auf diese Weise hat schon Danz,[171] der wesentlich

---

169) So hinsichtlich der Einwilligung eines Minderjährigen in eine Operation: BGHZ 29, 33 ff. Ferner: OLG Celle MDR 1960, 136.

170) NJW 1964, 736, Nr. 19

171) DJZ 1905, Sp. 383 ff.

zur Anerkennung der ergänzenden Vertragsauslegung beigetragen hat, und ihm folgend der IV. Zivilsenat des Reichsgerichts[172] den Ausschluß der Tierhalterhaftung bei einer Gfktsfahrt auf einem Pferdefuhrwerk zu begründen versucht. Beide beziehen sich auf eine Auslegung der Parteierklärungen und zitieren den § 157. Der IV. Zivilsenat des Reichsgerichts führt aus:[173]

> "Es kann zugegeben werden, daß, wenn Willenserklärungen in der bezeichneten Weise ausgelegt werden, es sich dabei nicht immer um eine Auslegung im streng wissenschaftlichen Sinne, sondern in manchen Beziehungen um eine Ergänzung des fehlenden Willens handelt; allein in diesem Sinne spricht auch das Gesetz (§ 157) von Auslegung der Verträge."

In Bezug auf die Verschuldenshaftung geht erstmals Zimmermann[174] in dieser Weise vor, ohne sich allerdings dessen bewußt zu sein. Er meint, eine Beschränkung der Haftung des Gfktsfahrers auf Vorsatz und diligentia quam in suis auf den Parteiwillen stützen zu können. In Wahrheit unterstellt er dem Parteiwillen diejenige Haftungsregelung, die sich seiner Ansicht nach vernünftigerweise aus der besonderen Eigenart des Gfktsverhältnisses ergibt. Ihm folgt Beitzke, der ausführt:[175]

---

172) Urteile vom 18. 3. 1907 und 19. 3. 1908, RGZ 65, 313 ff. und RGZ 67, 431 ff. Siehe schon oben S. 3 zu Noten 8 und 9.

173) im Urteil vom 19. 3. 1908.

174) JW 1928, 1717

175) MDR 1958, 678

> "Es liegt auf der Hand, daß bei Mitnahme aus Gfkt der Fahrer keine zusätzlichen Pflichten übernehmen will;"

Daß es sich auch bei ihm nicht um eine Auslegung "im streng wissenschaftlichen Sinne", sondern vielmehr um eine Ergänzung des fehlenden Willens nach Maßgabe der besonderen Eigenart des Gftksverhältnisses handelt, wird deutlich, wenn er fortfährt:

> "es wäre auch unbillig, solches von ihm zu verlangen und zu erwarten, daß er wegen der Mitnahme eines Fahrgastes vorsichtiger fährt, als er zu fahren gewohnt ist."

Beitzke läßt auch keinen Zweifel daran, daß er nicht etwa einen unmittelbar auf Einschränkung der deliktischen Haftung gerichteten Vertrag annimmt. Denn er stellt sich gerade im Gegensatz zur damaligen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf den Standpunkt, daß die Haftung des Kraftfahrers nicht nur dann entfällt oder sich mindert, wenn entsprechende rechtsgeschäftliche Erklärungen abgegeben worden sind, sondern daß der Haftungsausschluß sich schon aus den Umständen ergeben kann.

Eine Begründung für die Anwendbarkeit der Grundsätze der ergänzenden Vertragsauslegung auf Gfktsverhältnisse geben nur Danz und der IV. Zivilsenat des Reichsgerichts. Danz begnügt sich allerdings damit, ohne weitere Begründung auszuführen, von den Parteien des Gftksverhälnisses seien Willenserklärungen abgegeben worden[176]. Der IV. Zivilsenat des Reichsgerichts führt des näheren aus, es lägen jedenfalls insofern Willenserklärungen der Parteien

---

176) a.a.O. Sp. 384

vor, als man sich darüber einig sei, daß eine Vergütung für die Beförderung ausgeschlossen sein solle[177]. Aus dem Gefühl heraus, daß diese Begründung noch nicht genügt, setzt der Senat dann hinzu, im übrigen wollten die Parteien die Einzelheiten so geregelt wissen, wie es der allgemeinen Anschauung bei einem Verkehre zwischen billig denkenden Menschen unter den besonderen Umständen des jeweiligen Falles entspricht[178].

Hier sind ferner diejenigen Autoren zu nennen, die eine analoge Anwendung der §§ 521, 599[179] oder des § 690[180] auf die Gfktsfahrt oder

---

177) im Urteil vom 18. 3. 1907 (RGZ 65, 313 ff.) und in einem Urteil vom 2. 1. 1908 (JW 1908, 108, Nr. 6 = Warneyer Rspr 1908, Nr. 158)

178) im Urteil vom 18. 3. 1907 und 19. 3. 1908 (siehe Note 172)

179) Behrend, Recht 1919, Sp. 291 (Behrend bezieht sich auch auf § 690, spricht sich aber für einen Ausschluß der Haftung für einfache Fahrlässigkeit aus.); Zimmermann, JW 1928, 1717; Pauly, Diss., S. 21; Propach, Diss., S. 20; Löhlein, ZHR 102 (1936), 297 ff.; Larenz, Vertrag und Unrecht II, S. 79; Stienen DR 1940, 427; Flume, Allg. Teil II, S. 89 (Flume bezieht sich allgemein auf die gesetzlichen Bestimmungen, die eine Haftungsbeschränkung anordnen, spricht sich aber für eine Haftungsbegrenzung durch Ausschluß der Haftung für leichte Fahrlässigkeit aus.)

180) Blatzheim, Diss., S. 66/67

allgemein auf Gfkten befürworten. Man argumentiert dabei entweder in der Weise, daß man ausführt, wenn die Haftung schon beim Vorliegen eines Vertrages gemildert sei, dann müsse das erst recht gelten, wenn kein Vertrag vorliege;[181] oder man meint, die Frage, ob man das Gfktsverhältnis als Vertragsverhältnis werte oder nicht, sei für die Frage des Haftungsmaßstabes ohne Bedeutung.[182] Mitunter spitzt man die Argumentation auch dahin zu, daß man meint, ob das Reichsgericht die Gfktsverhältnisse als Vertragsverhältnis werte oder nicht, könne für den Haftungsmaßstab keinen Unterschied machen.[183]

Schließlich sind hier Ansichten zu nennen, die sich weder auf eine Auslegung der Parteierklärungen noch auf eine Analogie zu den §§ 521, 599, 690 beziehen, die aber gleichwohl der besonderen Beziehung der Parteien Rechnung tragen wollen. Es handelt sich dabei einmal um die Ansicht Hans-Detlev Fischers, die er in seiner Dissertation entwickelt hat. Fischer stützt die Milderung der Haftung des

---

181) So Behrend a.a.O.; Pauly a.a.O.; Propach a.a.O.; Flume a.a.O.

182) So Zimmermann a.a.O.; Löhlein a.a.O.; Larenz a.a.O; Stienen a.a.O.

183) So Zimmermann a.a.O. Auch Löhlein führt aus, es könne keinen Unterschied machen, ob die Haftung des Fahrers eine vertragliche sein soll, oder, da die rein gesellschaftliche Beziehung zwischen dem fahrer und seinem Fahrgast die Annahme eines Vertrages nicht zulasse, eine solche aus unerlaubter Handlung. (Hervorheb. v. Verf.)

Gefälligen auf eine Gefahrenübernahme seitens des Gfktsempfängers, die "weder Rechtsgeschäft noch Willenserklärung" sein soll, "sondern eine Norm des objektiven Rechts, die durch die besondere Lagerung des Falles - der Gast begebe sich freiwillig und zu seinem Nutzen in einen erhöhten Gefahrenbereich - ihre innere Rechtfertigung erfahre".[184] Ihrem Inhalt nach steht die von Fischer vorgeschlagene Haftungsmilderung zwischen einer allgemeinen Beschränkung der Haftung auf bestimmte Schuldformen und einem Haftungsausschluß bei Verwirklichung einer sich aus den Umständen ergebenden, dem Gfktsempfänger erkennbaren, Gefahr (dem sog. Handeln auf eigene Gefahr, wie es die Rechtsprechung zur Gfktsfahrt entwickelt hat). Fischer begnügt sich nämlich nicht mit den von der Rechtsprechung zu den Konstruktionen eines stillschweigenden Haftungsverzichts und einer Einwilligung in den Verletzungserfolg entwickelten Grundsätzen, sondern will darüber hinaus eine Beschränkung der Haftung des Gefälligen auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit einführen. Hierfür läßt er aber nicht schon das Gfktsmoment (die Uneigennützigkeit des Gefälligen) genügen, verlangt vielmehr zusätzlich, daß die Gefahrenlage im Sinne der Möglichkeit einer Schädigung des Gfktsempfängers im Vergleich zur üblichen Gefahrenlage des Alltags wesentlich erhöht ist. Das soll vor allem bei der Gfktsfahrt in einem Kraftfahrzeug oder Pferdefuhrwerk, aber auch bei einer Treibjagd, Bergtour oder einer Fahrt in einem Segelboot der Fall sein.[185] Fischer sieht den Ausschluß der Haftung für

---

184) S. 45.
185) S. 43 bis 45.
186) S. 45/46.

leichte Fahrlässigkeit in diesen Fällen als eine "Kompensation der erforderlichen erhöhten Aufmerksamkeit und Kräfteanspannung" an.[186]

Weiterhin handelt es sich um die Rechtsprechung zum sog. Gfktsverkehr über ein Grundstück.[187] Nach ihr ist die Verkehrssicherungspflicht bei einem sog. tatsächlich öffentlichen Weg, d. h. einem Weg, der zwar nicht wegerechtlich gewidmet ist, dessen Benutzung durch die Allgemeinheit der Grundstücksinhaber aber duldet, wesentlich eingeschränkt. Der Grundstücksinhaber braucht diesen aus Gfkt geduldeten Verkehr nicht vor den bekannten oder doch erkennbaren Gefahrenquellen zu schützen. Die Rechtsprechung führt dazu aus, wer von der Gfkt des Grundstücksinhabers Gebrauch mache, müsse sie so nehmen, wie sie geboten werde.

In diesem Zusammenhang ist ferner ein Urteil des VI. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 16.5.1907[188] zu nennen, das die Gfktsfahrt auf einem Pferdefuhrwerk betrifft. Das Gericht führt in dieser Entscheidung aus, wer sich unaufgefordert auf ein Fuhrwerk setze und unentgeltlich mitfahre,

---

186) S. 45/46

187) Siehe die Urteile des VI. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 6. 5. 1907 (JW 1907, 364; Sachverhalt oben S. 18, Fall 14) und 26. 10. 1908 (JW 1908, 744 ff., Nr. 13), ferner das Urteil des OLG München vom 11. 6. 1953 in NJW 1954, 1452 ff. (Nr. 11). Weitere Entscheidungen bei H. Stoll, Handeln auf eigene Gefahr, S. 82 ff. (zu I.1.).

188) SeuffBlätt 72 (1907), S. 1084 f. = JW 1907, 388 (nur kurz).

müsse Wagen, Pferde und Kutscher so nehmen, wie sie sich ihm böten. Er habe sich die wahrnehmbaren Mängel gefallen zu lassen. Das Gericht meint, insoweit sei das Maß der von der Verkehrssitte erforderten Sorgfalt des Gefälligen beschränkt. Den Gedanken dieser Entscheidung will Hans Stoll neuerdings auch für die Gfktsfahrt in einem Kraftfahrzeug heranziehen.[189] Stoll will die Schutzpflicht des Gefälligen aber nur insoweit einschränken, als es sich um Mängel des Fahrzeugs handelt, nicht dagegen hinsichtlich etwaiger "Mängel" des Fahrers. Er meint, nur die Mängel des Fahrzeugs ergäben sich "aus der Sachlage von selbst"[190] und seien daher leicht zu übersehen. Er lehnt sich dabei an das englische Common Law an. Deutsch stimmt Stoll in der Rezension seiner Arbeit zu,[191] versucht aber darüber hinaus, das auch dieser Lösung anhaftende Alles-oder-Nichts zu überwinden, indem er, wie er sich ausdrückt, das Handeln auf eigene Gefahr nicht auf das "Bestehen der Schutzpflicht selbst" einwirken, sondern eine Aufhebung oder "Verdünnung" des "zivilrechtlichen Schutzbereichs der Norm" bewirken lassen will.[192]

c) Müller-Erzbach versucht der besonderen Eigenart der Gfkten im Wege freier Rechtsfindung gerecht zu werden. Er führt aus:[193]

---

189) Handeln auf eigene Gefahr, S. 301/302 (zu 5.)

190) Formulierung des VI. Zivilsenats des Reichsgerichts im Urteil vom 13.10.1910, JW 1911, 28 ff. (Nr. 5)

191) RabelsZ 1966, 755 ff.

192) a.a.O. S. 760

193) AcP 106 (1910), S. 455

"Bei solcher Sachlage muß die strenge Gefahrtragung um deswillen ausgeschlossen sein, weil sonst derartige das menschliche Zusammenleben fördernde und verfeinernde Gfktsakte überhaupt unterdrückt werden. So wird der nur im fremden Interesse auf Ersuchen des Interessenten Handelnde lediglich für den Schaden verantwortlich gemacht werden dürfen, den er grobfahrlässig oder vorsätzlich herbeigeführt hat. Denn über ein grobes Verschulden wird das Recht im Interesse der Schadensverhütung niemals hinweggehen können. Die eigentliche Gefahrtragung kommt nur für den in Frage, der bei einem Risiko als Interessent beteiligt ist."

Kritik der Lösungsversuche zu a) bis c):

Allgemein ist zu bemerken, daß der Tatbestand des Gfktsverhältnisses nicht mit der Konzeption der deliktischen Verhaltenspflicht in Einklang steht. Das Deliktsrecht normiert die Anforderungen an das allgemeine Verhalten[194], d. h. dasjenige Verhalten, das von jedermann gegen jedermann zu beobachten ist[195]. Das Gfktsver-

---

194) Lehmann, Allg. Teil, § 39 V 2 (11. Auflg.: S. 321): "Die unerlaubte Handlung ist der schuldhafte Verstoß gegen eine Norm des allgemeinen Verhaltens (absolute Verhaltensnorm)".

195) Enneccerus-Nipperdey, § 74 I, S. 443: "Dem Recht des einen steht die Rechtspflicht anderer gegenüber, bald nur die allgemeine Pflicht aller, sich störender Eingriffe in das Recht zu enthalten, so bei den meisten Beherrschungsrechten, bald die Pflicht einer bestimmten Person zu einem Tun oder Unterlassen, so namentlich bei den Forderungen. Auf dieser wichtigen Unterscheidung beruht der Gegensatz von unerlaubten Handlungen und Vertragsverletzungen."

hältnis zeigt dagegen das Bild einer "besonderen" Beziehung zwischen zwei bestimmten Personen. Dies ist bereits vielfach empfunden worden. So hebt Haupt hervor, daß sich die Beteiligten bei einer Gfktsfahrt "vom Beginn der gemeinsamen Fahrt ab nicht mehr lediglich als neutrale Dritte im Sinne des Deliktsrechts gegenüberstehen", daß "die Beziehung des Kraftfahrers zu dem Passanten, den er überfährt, eine andere sein muß als die zu dem Gast, den er befördert".[196] Hans-Detlev Fischer führte schon aus:[197]

> "Gastgeber und Gast, Fahrer und Mitgenommener stehen sich nicht mehr als fremde Einzelne gegenüber, sondern sind durch das Gfktsverhältnis verbunden. Das Deliktsrecht des BGB geht aber von dem Gedanken der Neutralität der Parteien aus; es regelt im Normalfall Schäden, die dem Individuum A von dem Individuum B, das mit A durch keine andere Beziehung als eben die Schädigung verbunden ist, zugefügt werden."

Auch das Reichsgericht hat einmal hinsichtlich des Verhältnisses des Gfktsfahrers zu einem Gfktsfahrgast von einem "Vertragsverhältnis" gesprochen, dem es das Verhältnis des Kraftfahrers zu einem Zuschauer bei einem Kraftfahrzeugrennen als "außervertragliches Verhältnis" gegenüberstellte.[198]

Im einzelnen:

Zu a): Die unter diesem Buchstaben zusammengefaßten Ansichten vermögen - mit einer Ausnahme - das Gfkts-

---

196) Faktische Vertragsverhältnisse S. 14

197) Diss., S. 48.

198) RGZ 130, 169.

verhältnis nicht tatbestandsmäßig zu erfassen. Die eine Ausnahme - um sie gleich vorwegzunehmen - stellt die Konstruktion eines (konkludenten) Haftungsausschlußvertrages dar, also immerhin eine Anleihe im Vertragsrecht, wenn auch nicht im Recht der Schuldverträge. Diese Konstruktion wird heute in der Rechtsprechung und im Schrifttum mit Recht als unzureichend abgelehnt, weil sie in den meisten Fällen auf eine Fiktion hinausläuft[199] und weil zudem das bei ihr unumgängliche Erfordernis der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters des minderjährigen Gfktsempfängers nicht sachgerecht ist[200].

Bezeichnend ist, daß alle übrigen unter a) zusammengefaßten Ansichten in erster Linie nicht das Gfktsverhältnis ins Auge fassen, sondern die von der Rechtsprechung zur Gfktsfahrt für einen Ausschluß der Haftung zusätzlich aufgestellten Voraussetzungen, nämlich die Verwirklichung einer sich aus den Umständen ergebenden, dem Gfktsempfänger erkennbaren, Gefahr[201]. Der Schwerpunkt

---

199) Z. B. Esser, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen, S. 137/138, Fußnoten 141, 142; Bemmann, VersR 1958, 584 (zu 1.); Hitzfeld, Diss., S. 56/57 zu 1. + S. 60 ff. zu 2. (betr. Ausschluß der Tierhalterhaftung), S. 64 ff. zu C. (betr. Ausschluß der Verschuldenshaftung); BGH LM Nr. 12 zu § 254 (Da); BGHZ 41, 79 ff. (81); BGHZ 43, 72 ff. (76). Für diese Konstruktion neuerdings Schöpe, MDR 1963, 453.

200) So für die Gfktsfahrt: Geigel JZ 1951, 590 (zu 2. c); Wangemann NJW 1955, 86; Bemmann VersR 1957, 584 (zu 2.); E. Böhmer MDR 1958, 78; Hitzfeld, Diss., S. 88 ff. mit Nachweisen aus der Vorkriegsliteratur in Note 6.

201) Siehe oben S. 47.

der Betrachtung verlagert sich hier von der Uneigennützigkeit des Gefälligen zur vermeidbaren Selbstgefährdung des Gfktsempfängers. Nur von dieser handelt namentlich das grundsätzliche Urteil des VI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 14. 3. 1961.[202] Dabei wird übersehen, daß die vermeidbare Selbstgefährdung allein nicht geeignet ist, einen Haftungsausschluß herbeizuführen. Das zeigt sich z. B. bei der Haftung des Veranstalters einer gefährlichen Veranstaltung (Sportveranstaltung, Volksfest) den Zuschauern und Teilnehmern gegenüber. Diese Haftung läßt die Rechtsprechung auch dann nicht entfallen, wenn die Zuschauer oder Teilnehmer die Gefahr, die sich verwirklicht hat, erkannt und sich ihr bewußt ausgesetzt haben.[203]

Was zunächst den Einwilligungsgesichtspunkt betrifft, so handelt es sich hier um einen Gesichtspunkt, der für jede deliktische Haftung zutrifft, nicht nur für die Haftung gerade des Gefälligen. Es ist nicht einzusehen, was der Grundsatz: volenti non fit iniuria mit der Uneigennützigkeit des Gefälligen zu tun hat. Es mag an dieser Stelle aus der Dissertation von Hitzfeld zitiert werden:[204]

---

202) BGHZ 34, 355 ff. Weitere Fundstellen oben Note 11.

203) Nachweise bei H. Stoll, Handeln auf eigene Gefahr, S. 64.

204) S. 160 zu c)..

> "Nur unter dem Aspekt einer von jeher als unbillig empfundenen Haftung im Rahmen von Gfktsakten konnte sich der Gedanke eines von Billigkeitserwägungen getragenen Handelns auf eigene Gefahr (das das Reichsgericht im Anschluß an Flad auf eine Einwilligung in eine möglicherweise eintretende Verletzung stützte, siehe oben zu Noten 145 und 146) überhaupt erst Geltung verschaffen, er ist deshalb auch auf diesen Bereich zu beschränken. In diesem Sinne kann er nur dann aktuell werden, wenn der Schädiger dem Bedrohten unentgeltlich und nicht zu eigenem wirtschaftlichen Nutzen eine echte Gfkt erweist".

Die Konstruktion einer Einwilligung des Gfktsempfängers, gleichgültig ob in den Erfolg oder nur in die Gefährdung, ob als Rechtsgeschäft oder als bloße Voraussetzung eines Rechtfertigungsgrundes, vermag die Einschränkung der Haftung gerade des Gefälligen nicht zu begründen.

Der Versuch, durch einen unmittelbaren Rückgriff auf § 242 zu helfen, sieht zunächst recht brauchbar aus. Dieser Vorschrift kann aber nicht ohne weiteres eine Modifizierung der Deliktshaftung entnommen werden. Insoweit kommt nur der allgemeine, aus § 242 entwickelte, Grundsatz von der Unzulässigkeit widersprüchlichen Verhaltens in Betracht. Dieser Grundsatz steht aber - ebenso wie der Grundsatz: volenti non fit iniuria- wiederum zu dem Gfktsmoment (der Uneigennützigkeit des Gefälligen) in keiner Beziehung.

Im Rahmen des § 254 schließlich kann man dem Gfktsmoment ebenfalls keine rechtliche Geltung verschaffen. Denn die "Umstände", von denen gemäß dieser Vorschrift die Ersatzpflicht abhängt, betreffen nur die beiderseitige Verursachung und das beiderseitige Verschulden. Wenn Hitzfeld entgegen Lehre und Recht-

sprechung[205] in § 254 eine Ermächtigung des Richters zu freier, an Treu und Glauben orientierter Rechtsfindung sieht,[206] so ist ihm entgegenzuhalten, daß es nicht einzusehen ist, warum eine solche Ermächtigung an die Voraussetzung eines Selbstverschuldens des Geschädigten geknüpft ist. Hätte der Gesetzgeber eine solche Ermächtigung in das Gesetz einführen wollen, so hätte er sich sicherlich zur Aufnahme einer dem Art. 43 des Schweizerischen Obligationsnrechts entsprechenden Bestimmung entschlossen und sich nicht mit einer dem Art. 44 a.a.O. entsprechenden Bestimmung begnügt.[207] Es ist sachlich nicht gerechtfertigt, bei konkurrierendem Verschulden sämtlichen Umständen Einfluß auf die Höhe des zu ersetzenden Schadens einzuräumen, während der Nichts-oder-Alles-Standpunkt unseres Schadensersatzrechts die Berücksichtigung dieser Umstände im übrigen - bei alleinigem Verschulden des Schädigers - schlechterdings ausschließt. Es ist deshalb Dunz[208] darin zuzustimmen, daß der § 254 eine zwangsläufige, aber genau umschriebene Einschränkung des Alles-oder-Nichts-Prinzips darstellt, die nur insoweit geboten und erlaubt ist, als Raum für die angemessene Mitheranziehung eines Ausgleichspartners geschaffen werden muß. Demgemäß hält auch Hans Stoll es - obwohl

---

205) Nachweise bei Hitzfeld, S. 29, Noten 103 + 104

206) S. 147 ff. (zu B.).

207) Art. 44 des Schweizerischen Obligationenrechts entspricht § 254 BGB, während Art. 43 OR den Richter ermächtigt, die Höhe des zu ersetzenden Schadens nach der Billigkeit zu bestimmen.

208) NJW 1964, 2133. Gegen Dunz und wie Hitzfeld: Schlierf NJW 1965, 676.

rechtspolitisch erwünscht - nicht für möglich, bei der Schadensverteilung wegen mitwirkenden Verschuldens des Verletzten außer der Schwere des Selbstverschuldens des Geschädigten auch dem Umstand der Gfktserweisung des Schädigers Rechnung zu tragen[209].

Beschränkt man die Abwägung nach § 254 auf Kausal- und Schuldmomente, so ist es unmöglich, auf diesem Wege zu der erwünschten Einschränkung der Haftung des Gfktsfahrers zu gelangen. Schon Wangemann hat darauf hingewiesen, daß das Handeln auf eigene Gefahr sich schwerlich über § 254 begründen lasse[210]. Berücksichtigt man nur Verursachung und Verschulden, so wird man bei der Mitfahrt mit einem unter Alkoholeinwirkung stehenden Kraftfahrer diesem den größeren Teil des Schadens aufbürden müssen. Dies hat Hitzfeld in seiner Dissertation ganz klar herausgestellt. Seine Ausführungen mögen daher an dieser Stelle wörtlich wiedergegeben werden[211]:

> "Demnach stünde aber der schuldhaften Intereressenexponierung des Bedrohten im Regelfall eine auf der gleichen Verschuldensstufe stehende Sorgfaltsverletzung des Schädigers gegenüber, was nach dem Gesetz zwar eine quotale Minderung, nicht aber einen völligen Wegfall der Ersatzpflicht bewirken kann. Desgleichen führt die vom Schädiger normalerweise vorwiegend beherrschte Kausalreihe zu einer Verlagerung des Schwergewichts zu seinen

---

209) Handeln auf eigene Gefahr, S. 319/320
210) MDR 1956, 386
211) S. 29

> Ungunsten, da er nicht nur durch unmittelbar eigene Tätigkeit das Schadensereignis selbst auslöst, sondern sich - im Verkehrsrecht - auch die allgemeine Betriebsgefahr seines Fahrzeugs als ursachenerhöhenden Umstand zurechnen lassen muß. Demnach läßt sich aber auf dem Weg über § 254 die rechtspolitisch erwünschte völlige Enthaftung des Schädigers nicht begründen, was dem Handeln auf eigene Gefahr nach Theorie und Praxis eine gewisse Existenzberechtigung verleiht".

Aus der Rechtsprechung:

Berufungsurteil zum Urteil des VI. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 3.12.1938[212]:

> "Den verantwortungslosen Kraftfahrer, der sich angetrunken oder übermüdet an das Steuer setzt, muß im Regelfall eine höhere Verantwortung treffen als den Fahrgast, der sich leichtsinnig seiner Wagenführung anvertraut".

Urteil des VI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 14. 3. 1961 (VI ZR 115/60)[213]:

> "Derjenige, der ein Kraftfahrzeug lenken will, hat in erster Linie darüber zu wachen, daß er nicht zu viel trinkt".

Urteil des VI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 28. 3. 1961[214]:

> "Entgegen der Ansicht der Revision ist es nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht der Verantwortung des verstorbenen E. als Berufsfahrer für die Weiterfahrt

---

212) ZAkDR 1939, 350

213) NJW 1961, 777 (nur Leitsatz); MDR 1961, 404; VersR 1961, 427; VRS 20, 247; DAR 61, 141; LM Nr. 12 zu § 254 (Da) BGB

214) VRS 20, 401, Nr. 162 (S. 402)

in ermüdetem Zustand und damit
für die Entstehung des Unfalls
höhere Bedeutung beimißt als der
Selbstgefährdung des Klägers".

Urteil des OLG Oldenburg vom 11. 6. 1963[215]:

"Die Verantwortung für die ordnungs-
gemäße Führung eines Kraftwagens
hat in erster Linie der Fahrer,
und diesen muß daher auch im Falle
der alkoholbedingten Fahruntüch-
tigkeit grundsätzlich das größere
Maß an Verschulden treffen."

Mag man auch eine Abwägung für erwünscht halten[216] - Larenz meint, die Einwilligungstheorie führe zu einer unnötigen Verschärfung des Alles-oder-nichts-Prinzips[217] - so kann dieses Ergebnis doch nicht als gerecht angesehen werden. Man kann nicht annehmen, daß sich das Reichsgericht nur einer Konstruktion zuliebe so weit von dem sachlich zutreffenden Ergebnis entfernt hätte. Interessant ist die Bemerkung in der Dissertationsliteratur, daß das Reichsgericht die Konstruktion eines Haftungsausschlußvertrages und einer Einwilligung in die Verletzung aus der Erkenntnis heraus kreiert habe, daß über § 254 die gewünschte Haftungseinschränkung nicht zu erreichen sei.[218]

Daß der § 254 nicht der rechtliche Standort des Handelns auf eigene Gefahr ist, zeigt sich ferner

---

215) DAR 1963, 300, Nr. 121

216) Schöpe, MDR 1963, 455, tut dies beispielsweise nicht.

217) Schuldrecht I, 6. Aufl. 1963, § 15 I b) (S. 175).

218) Diele S. 73; Hitzfeld S. 145.

auch dann, wenn dem Gfktsempfänger neben dem Gefälligen auch ein selbständig handelnder Dritter haftpflichtig geworden ist, wie es im Straßenverkehr häufig vorkommt. Würde man mit der Anwendung des § 254 ernst machen, so müßte man in diesem Falle nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs[219] neben der Ermittlung der Einzelanteile der Beteiligten eine Solidarabwägung vornehmen. Diese setzt aber voraus, daß für die Ermittlung des Anteils aller Beteiligten gleichartige Gesichtspunkte maßgebend sind. Das ist aber mit dem Ausgangspunkt unvereinbar, daß das Handeln auf eigene Gefahr nur Platz greift, wenn zwischen Schädiger und Geschädigtem ein Gfktsverhältnis besteht[220].

Zu b): Die hier zusammengefaßten Lösungsvorschläge stellen im Gegensatz zu den zu a) aufgeführten in erster Linie auf das Gfktsverhältnis ab. Sie geraten dabei aber in Widerspruch zum Ausgangspunkt: der Verneinung einer vertraglichen Haftung. Das leuchtet für die Anwendung der Grundsätze der sog. ergänzenden Vertragsauslegung wie auch für die Heranziehung der §§ 521, 599, 690 ohne weiteres ein. Es gilt aber auch für den Versuch, dem Gfktsverhältnis ohne einen Rückgriff auf die ergänzende Vertragsauslegung oder auf die Regeln der §§ 521, 599, 690 Rechnung zu tragen. Denn die deliktische Haftung läßt sich ihres allgemeinen Charakters wegen nicht unmittelbar im Hinblick auf das Wesen der besonderen Beziehung der Parteien modifizieren. Der Hinweis darauf,

---

219) BGHZ 30, 211; BGH MDR 1959, 913.
220) Siehe oben S. 8 - 9 zu Noten 17 - 20.

daß die Interessenlage hinsichtlich der Frage des Haftungsmaßstabs die gleiche sei, ob man nun eine vertragliche Haftung bejahe oder verneine, vermag diesen Widerspruch nicht auszuräumen. Denn der Widerspruch betrifft nicht die Angemessenheit der Haftungsmilderung, sondern ihre dogmatische Begründung.

Im übrigen gehen die Ansichten zu b) insofern fehl, als sie die gesetzliche Haftungsregelung beim Auftrag unberücksichtigt lassen. Man kann dieses Vorgehen nicht dadurch rechtfertigen, daß man sich auf den Standpunkt stellt, die Haftungsregelung beim Auftrag sei sachlich nicht gerechtfertigt, wie es Flume[221] tut. Denn abgesehen davon, daß es zweifelhaft ist, ob eine derartige Feststellung von der Bindung an das Gesetz befreit, gibt es, darauf werden wir später im Rahmen unserer eigenen Lösung eingehen, durchaus sachliche Gesichtspunkte, die dafür sprechen, daß auch ein Gefälliger die im Verkehr erforderliche Sorgfalt zu beobachten hat. Von einer Berücksichtigung der Haftungsregelung beim Auftrag ist man auch dann nicht befreit, wenn man die Grundsätze der ergänzenden Vertragsauslegung anwendet. Zwar ist die Haftungsregelung beim Auftrag dispositiv und weicht einer anderslautenden Parteivereinbarung. Im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung kann aber eine dispositive Gesetzesnorm nur beiseitegeschoben werden, wenn sich der zu beurteilende Vertrag nicht mit der typischen Vertragssituation deckt, die der Gesetzgeber bei seiner Regelung im Auge gehabt hat.[222]

---

221) Allg. Teil II, S. 89

222) Dazu Larenz NJW 1963, 737 ff.

Zu c): Die Milderung der Haftung des Gefälligen im Wege freier Rechtsfindung befriedigt nicht. Denn es genügt nicht, daß man dartut, die Haftungsmilderung sei sachgemäß. Man muß diese Regelung vielmehr auch systematisch erfassen. Dabei handelt es sich nicht lediglich um die Befriedigung eines wissenschaftlichen Ordnungsbedürfnisses. Die Regelung hat sich vielmehr auf diese Weise als richtig zu erweisen. Dazu u. E. treffend Pawlowski:[223]

> "... die Tatsache, daß eine Entscheidung im Einzelfall als sinnvoll empfunden wird, beweist noch nicht, daß diese auch 'richtig' (gerecht) ist. Dies ergibt sich vielmehr erst aus deren Beziehung zu anderen Entscheidungen; gerecht ist eine Entscheidung nur, wenn sie mit den Prinzipien vereinbar ist, die die übrigen Entscheidungen tragen".
>
> "Die einzelne Entscheidung erscheint nur dann als Recht und nicht als zufälliger (positiver) Willensakt, als nur positive Setzung eines historischen Gesetzgebers oder als Dezision eines Gerichts (oder einer ständigen Rechtsprechung), wenn sie als Ausdruck einer sinnvollen Einheit verstanden werden kann; nur dann gilt sie, weil sie Recht ist und nicht nur, weil der Gesetzgeber, Richter oder ein sonstiger Machthaber es so 'will'".

Im übrigen kann man auch hier der Notwendigkeit nicht entgehen, sich mit der Haftungsregelung beim Auftrag auseinanderzusetzen. Man wird diese auch hier nicht, wie es Müller-Erzbach tut[224], als nicht gerechtfertigt verwerfen können.

---

223) Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen, S. 168 und S. 172.

224) AcP 106, 456.

Ergebnis:

Die Annahme eines deliktischen Verhältnisses entspricht nicht dem Charakter des Gfktsverhältnisses als "besonderer" Beziehung zwischen bestimmten Personen. Auf dieser Grundlage läßt sich dementsprechend das Gfktsverhältnis auch nicht dogmatisch erfassen. Der Versuch, mit einer Anleihe beim Recht der Schuldverträge zu helfen, ist inkonsequent und zeigt nur die Unrichtigkeit des Ausgangspunktes.

3. Die Behandlung der Gfkten als Sonderverbindungen nichtvertraglicher Art

a) Die Auffassung Heinrich Lehmanns[225]

Lehmann wertet das Gfktsverhältnis auch dann, wenn keine Leistungspflicht besteht, nicht als deliktisches Verhältnis, will vielmehr dem "Erklärenden" "auf Grund seiner Gestattung, Einladung oder Zusage" eine "gesetzliche, vertragsähnliche" Fürsorgepflicht, namentlich eine Erhaltungspflicht, zugunsten dessen auferlegen, der im Vertrauen auf die Einladung usw. seine Rechtsgüterwelt dem Erklärenden anvertraut hat. Lehmann zitiert dabei die §§ 157, 242 und führt aus:

> "Wer durch seine Erklärung in einem anderen das berechtigte Vertrauen auf die Erfüllung gewisser Fürsorgepflichten erweckt, darf dieses Vertrauen nicht enttäuschen".

---

225) Nachweise siehe oben S. 23, Fußnote 67

Lehmann will in Analogie zu §§ 521 und 599 die Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränken und in diesem Rahmen § 278 anwenden.

Kritik:

Abgesehen davon, daß Lehmann zu Unrecht die Haftungsregelung beim Auftrag unberücksichtigt läßt[226], ist es ihm nicht gelungen, die Erhaltungspflicht des Gefälligen als "besondere" Pflicht zu erweisen, auf die § 278 angewendet und bei der das Gfktsmoment berücksichtigt werden könnte. Die Bezeichnung der Erhaltungspflicht des Gefälligen als gesetzliche besagt insoweit nichts. Denn auch die deliktischen Erhaltungspflichten sind gesetzliche und bei ihnen läßt sich, wie wir festgestellt haben[227], wegen ihres allgemeinen Charakters das Gfktsverhältnis nicht berücksichtigen. Lehmann bezieht sich ferner auf die Rechtsgeschäftslehre: er spricht vom Gefälligen als dem "Erklärenden" und stützt die Erhaltungspflicht auf seine "Gestattung, Einladung oder Zusage", bezeichnet die Erhaltungspflicht als "vertragsähnlich" und zitiert den § 157, der von der Auslegung von Verträgen handelt. Auch damit ist die Frage nicht beantwortet, wie es dogmatisch zu rechtfertigen ist, daß man danach differenziert, ob der Verletzer zu dem Verletzten in einem Gfktsverhältnis steht oder nicht. Denn die Anlehnung an das Prinzip der Privatautonomie macht solange eine selbständige dogmatische Begründung nicht entbehrlich, als man daran festhält, daß die

---

226) Siehe oben S. 72

227) oben S. 71/72

Erhaltungspflicht eine gesetzliche, d. h. nichtrechtsgeschäftliche, ist. Was schließlich den Gedanken des Vertrauensschutzes angeht, so ist dagegen mit Larenz[228] zu sagen, daß gegenseitiges Vertrauen ein allgemeines Prinzip des menschlichen Verkehrs ist. Auch der Passant, den der Gfktsfahrer aus Unachtsamkeit überfährt, hat darauf vertraut, daß dieser acht gibt. Der Gedanke des Vertrauensschutzes ist also für sich allein nicht geeignet, die Sonderbehandlung des Gfktsverhältnisses zu rechtfertigen, ganz abgesehen davon, daß er zu einer Haftungsmilderung in keiner Beziehung steht.

Andererseits wird der Gedanke einer sog. Vertrauenshaftung dem Tatbestand des Gfktsverhältnisses nicht gerecht. Wir haben in der Einleitung festgestellt, daß eine Haftungsmilderung nur dann angemessen ist, wenn eine erklärte Willensübereinstimmung der Beteiligten vorliegt. inhaltlich deren dem einen Teil durch ein Handeln oder Unterlassen des anderen Teils bestimmte Vorteile gewährt werden und der gewährende Teil dabei uneigennützig handelt. Die Haftungsmilderung ist also an ein freiwilliges, sinnhaltiges Verhalten der Parteien geknüpft.

b) Die Auffassung Hans Dölles[229]

Hans Dölle läßt ebenso wie Lehmann den Gefälligen auch dann, wenn keine Leistungspflicht besteht, nicht ohne weiteres nur auf Grund Deliktsrechts

228) MDR 1954, 517

229) Siehe schon oben S. 23, Fußnote 67.

haften, sondern nimmt unter bestimmten Voraussetzungen eine Erhaltungspflicht im Sinne einer konkreten Schuldpflicht an. Die Voraussetzungen des Bestehens einer derartigen Erhaltungspflicht umschreibt er dahin, daß ein sozialer Kontakt vorliegt, vermöge dessen eine Person zur Erreichung eines bestimmten Zwecks ihre Lebensgüter dem Einfluß und damit der Obhut und Sorgfalt einer anderen Person anvertraut, insbesondere in die von einem anderen beherrschte Rechtssphäre eintritt[230]. Ein "bestimmter Zweck" in diesem Sinne soll nicht gegeben sein, wenn "der Kontakt mit dem Eintretenden rein gesellschaftlicher Natur ist (z. B. Freundschaftsbesuch oder -zusammentreffen)".[231] Eine dogmatische Rechtfertigung versucht Dölle nicht. Er stützt sich vielmehr allein auf das allgemeine Rechtsempfinden[232].

Der Haftungsmaßstab hängt nach Dölle von dem Zweck ab, der mit dem Eintritt in die fremde Rechtssphäre verfolgt wird. In der Regel haftet der Gefällige für Vorsatz und jede Fahrlässigkeit, ausnahmsweise für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit (z. B. wenn jemand bei einem anderen lediglich erscheint, um sich dort von diesem beschenken zu lassen) oder auch nur für diligentia quam in suis (z.B. der unentgeltliche Verwahrer, bei dem der Hinterleger die übergebene Sache abholt)[233].

---

230) a.a.O. S. 74
231) a.a.O. S. 77
232) a.a.O. S. 83
233) a.a.O. S. 77

Kritik:

Die Auffassung Dölles steht der Auffassung Lehmanns insofern nach, als er eine dogmatische Rechtfertigung der unterschiedlichen Behandlung des Gefälligen und eines Dritten überhaupt nicht erst unternimmt. Sie steht der Auffassung Lehmanns ferner insofern nach, als sich Dölle nicht ebenso konsequent wie Lehmann von dem Institut der culpa in contrahendo löst. Die Voraussetzung, daß mit dem Eintritt in die fremde Rechtssphäre ein "bestimmter Zweck" verfolgt wird, ist unter teleologischen Gesichtspunkten nicht gerechtfertigt. Darauf hat schon Larenz hingewiesen[234].

Überlegen ist die Auffassung Dölles der Auffassung Lehmanns insofern, als Dölle bei der Bestimmung des Haftungsmaßstabes nach Leistungsinhalten differenziert.

4. Der Versuch des I. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs, die Behandlung der Gfkten als Sonderverbindungen nichtvertraglicher Art ohne Erfüllungsanspruch mit der Vertragstheorie zu verbinden.

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs versucht in seinem grundsätzlichen Urteil vom 22. 6. 1956,[235] die Ansicht Heinrich Lehmanns

---

234) MDR 1954, 517

235) BGHZ 21, 102 ff. Siehe schon oben S. 1 zu Note 1 und S. 24 zu Note 71

mit derjenigen Ansicht zu verschmelzen, die unter bestimmten Voraussetzungen das Vorhandensein eines verpflichtenden Vertrages annimmt:[236] Einerseits führt er unter Hinweis auf die Ansicht Lehmanns aus, das Fehlen einer Leistungspflicht schließe keineswegs aus, daß das Erweisen einer Gfkt "rechtsgeschäftlichen Charakter" trage. Andererseits soll eine Gfkt nicht ohne weiteres "rechtsgeschäftlichen Charakter" haben. Es soll in dieser Hinsicht vielmehr auf die Art der Gfkt, ihren Grund und Zweck, ihre wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung, insbesondere für den Empfänger, die Umstände, unter denen sie erwiesen wird, und die dabei bestehende Interessenlage der Parteien ankommen. Gfkten des täglichen Lebens und Gfkten, die im rein gesellschaftlichen Verkehr wurzeln, sollen sich regelmäßig außerhalb des rechtsgeschäftlichen Bereichs halten.[237] Zur dogmatischen Begründung dieser Einschränkungen des "rechtsgeschäftlichen Charakters" der Gfkten greift der Senat auf die Unterscheidung zwischen einem rechtlichen und einem bloß moralischen Verpflichtungswillen zurück.[238] Er führt aus, eine erwiesene Gfkt habe nur dann "rechtsgeschäftlichen Charakter", wenn der Leistende den Willen habe, daß seinem Handeln rechtliche Geltung zukommen solle, wenn er also eine Rechtsbindung herbeiführen wolle, und der Empfänger die Leistung in diesem Sinn entgegengenommen

---

236) Zur letzteren Ansicht vgl. oben S. 25 ff.

237) S. 107

238) Zu dieser Unterscheidung vgl. oben S. 31/32

habe.[239]

Die Frage des Haftungsmaßstabs will der Senat nach den Umständen und der Gestaltung des Einzelfalls beurteilt wissen. Eine Haftung für jede Fahrlässigkeit "entsprechend der gesetzlichen Regelung der Haftung beim Auftrag" hält er für angemessen, wenn die Gfktshandlung einem Vertrauensverhältnis entspringt und einen Gegenstand wirtschaftlicher und geschäftlicher Bedeutung betrifft, insbesondere, wenn eine gewisse geschäftliche Verbundenheit der Parteien besteht.[240]

Kritik:

Die Feststellung des Senats, das Fehlen einer Leistungspflicht schließe keineswegs aus, daß das Erweisen einer Gfkt rechtsgeschäftlichen Charakter trage, hängt in der Luft. Denn Lehmann, auf dessen Ansicht er sich bezieht, wertet das Gfktsverhältnis gerade als Sonderverbindung nichtvertraglicher Art[241]. Man könnte meinen, der Senat wolle einen Vertrag annehmen, der lediglich auf die Begründung einer Erhaltungspflicht im Sinne Lehmanns gerichtet ist. Dazu hätte er aber weitere Ausführungen machen müssen. Mit Recht weist Flume in seiner Besprechung des Urteils [242] darauf hin, daß die Sorgfaltspflicht als solche jedenfalls nicht vereinbart war. Es bleibt also offen, worin der rechtsgeschäftliche Charakter der Gfkt bestehen soll. Der Satz: Die Annahme eines schuldrecht-

---

239) S. 106
240) S. 110
241) Siehe oben S. 74 ff. zu 3. a)
242) Allg. Teil II, S. 91

lichen Vertrages schließt die Annahme einer Leistungspflicht ein, ist also nicht ausgeräumt.

Das Erfordernis eines Bindungswillens ist, da der Senat den Inhalt des von ihm angenommenen Gfktsvertrages nicht präzisiert, nicht verständlich. Es gibt keinen Bindungswillen schlechthin, sondern nur einen Bindungswillen bestimmten Inhalts. Die Vorstellung von einem Bindungswillen schlechthin beruht auf der Auffassung, daß es einen Tatbestand "der" Willenserklärung gibt und damit auf der von Fritz von Hippel[243] und Esser[244] kritisierten quasi-naturwissenschaftlichen "Theorie der juristischen Tatsache". In Wahrheit gibt es nur das Prinzip der Privatautonomie, und man kann die Frage nur so stellen, ob sich bestimmte Rechtsfolgen im Sinne dieses Prinzips auf den Parteiwillen zurückführen lassen. Es ist daher auch die Formulierung irreführend, die Auslegung habe nicht nur zu ermitteln, welche Bedeutung einer Erklärung zukommt, sondern auch, ob ein Verhalten überhaupt als rechtsgeschäftliche Willenserklärung anzusehen ist[245]. Der Grund dafür, daß die Auslegungsgrundsätze bei der Beantwortung beider Fragen gleichermaßen anzuwenden sind, ist einfach der, daß sich beide Fragen nicht voneinander trennen lassen. Irreführend ist es auch, wenn Pawlowski[246] meint, man solle die

---

243) Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, 1936, § 4 (S. 47 ff.)

244) Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen, 1940, § 12, Nr. 1 und 2 (S. 128 ff.)

245) Formulierung von Larenz, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, S. 82

246) Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen, S. 35

Nichtigkeit nicht auf die Willenserklärung, sondern auf die Rechtsfolgen der Willenserklärung beziehen. Macht man sich nämlich klar, daß es einen Tatbestand "der" Willenserklärung nicht gibt und daß man nur fragen kann, ob sich bestimmte Rechtsfolgen im Sinne des Prinzips der Privatautonomie auf den Parteiwillen zurückführen lassen, so bleibt einem schlechterdings keine andere Wahl. Nichtigkeit kann dann nichts anderes bedeuten, als daß eben bestimmte Rechtsfolgen sich nicht im Sinne der Rechtsgeschäftslehre auf den Parteiwillen zurückführen lassen. Berücksichtigt man dies alles, so wird klar, daß das vom I. Senat aufgestellte Erfordernis eines allgemeinen, inhaltlich unbestimmten Bindungswillens nicht zu halten ist.

Der Mangel einer Präzisierung des rechtsgeschäftlichen Charakters der Gfkt macht sich auch bei der Frage des Haftungsmaßstabs nachteilig bemerkbar. Es bleibt offen, in welchem Verhältnis die Gfkt rechtsgeschäftlichen Charakters zu den gesetzlich geregelten Typen unentgeltlicher Verträge steht. Der Senat geht offenbar davon aus, daß es sich, weil es an einer Leistungspflicht fehlt, um einen Vertrag eigener Art handelt. Dann hätte er aber überlegen müssen, ob für die gesetzlichen Haftungsvorschriften das Bestehen einer Leistungspflicht wesentlich ist. Im Falle der Verneinung dieser Frage hätte er diese Vorschriften wenigstens analog heranziehen müssen und hätte nicht ausführen dürfen, die Frage des Haftungsumfanges müsse nach den Umständen und der Gestaltung des Einzelfalles beurteilt werden. Trotzdem enthält dieses Urteil, wie noch zu zeigen sein wird (S. 100), einen Ansatz, der für die Überwindung der bisherigen Antinomien von Bedeutung ist.

II. Teil Eigene Lösung

A. Überblick

Bereits zu Beginn[247] haben wir zum Ausdruck gebracht, daß wir den Bemühungen nachgehen wollen, der besonderen Eigenart der Gfkten durch die Annahme eines schuldrechtlichen Vertrages gerecht zu werden. Wir meinen, daß die schuldrechtliche Vertragsfreiheit das vom Gesetz vorgesehene Mittel ist, der besonderen Eigenart einer sozialen Beziehung rechtliche Geltung zu verschaffen.

Auf diesem Wege ist eine Lösung jedoch nur möglich, wenn es gelingt, die im I. Teil[248] aufgezeigte Antinomie zu überwinden. Diese Antinomie bestand darin, daß die für notwendig gehaltene Modifikation der Deliktshaftung bei Gfkten einerseits nur auf rechtsgeschäftlichem Wege zu erreichen ist, andererseits rechtsgeschäftliche Schuldverhältnisse eine Leistungspflicht voraussetzen, die bei Gfkten (regelmäßig) fehlt. Diese Antinomie kann nur dadurch beseitigt werden, daß man den dogmatischen Ausgangspunkt, die Annahme eines schuldrechtlichen Vertrages schließe die Annahme einer Leistungspflicht ein, ausräumt. Die zentrale Frage lautet also: Erfaßt die schuldrechtliche Vertragsfreiheit nur Verträge, die auch eine Leistungspflicht begründen, oder läßt sie auch Verträge zu, bei denen eine Leistungspflicht nicht besteht? Bei

---

247) S. 4/5.

248) S. 20 ff. zu B. I.

der Beantwortung dieser Frage hat man sich zu überlegen, welchen anderen Inhalt als die Begründung einer Leistungspflicht ein schuldrechtlicher Vertrag haben kann, ferner, ob auch bei einem solchen Vertrag eine sog. positive Vertragsverletzung möglich ist mit der Folge einer Haftung für sog. Begleitschäden.

Kommt man zu dem Ergebnis, daß die schuldrechtliche Vertragsfreiheit auch Verträge zuläßt, bei denen keine Leistungspflicht besteht, und daß auch bei ihnen eine sog. positive Vertragsverletzung möglich ist, so hat man des weiteren den Typus des Gfktsvertrages ohne Leistungspflicht näher zu untersuchen. Man hat zu fragen, in welcher Weise die Haftung des Gefälligen wegen positiver Vertragsverletzung durch das Wesen des Gfktsverhältnisses beeinflußt wird. Dabei soll die Frage der Anwendbarkeit des § 278, sodann die Frage der Beschränkung der Haftung auf bestimmte Schuldformen und schließlich die Frage des Haftungsausschlusses bei Verwirklichung einer sich aus den Umständen ergebenden, dem Gfktsempfänger erkennbaren, Gefahr (das sog. Handeln auf eigene Gefahr) erörtert werden. Man hat weiterhin zu fragen, ob der Gefällige, wenn er schon nicht auf Erfüllung und für Nichterfüllung haftet, den Gfktsempfänger im Falle des Ausbleibens oder der Verzögerung der versprochenen Leistung unter gewissen Voraussetzungen so zu stellen hat, als ob die Gfkt gar nicht erst versprochen worden wäre.

Hat man in dieser Weise den Typus eines Gfktsvertrages ohne Leistungspflicht klargestellt,

so hat man alsdann zu fragen, ob sämtliche GFkts-verhältnisse zumindest in diesem Sinn Verträge sind, oder ob es einen vertragsfreien Raum gibt, ferner, wann bei einer Gfkt der Typus eines Vertrages mit und wann der Typus eines Vertrages ohne Leistungspflicht anzunehmen ist.

B. Durchführung

I. 1. Möglichkeit eines Vertrages, bei dem keine Leistungspflicht besteht

a) Es ist anerkannt, daß ein verpflichtender Vertrag neben der Leistungspflicht noch weitere Verhaltenspflichten - auch Schutzpflichten genannt - begründet[249]. Es liegt nahe, die Frage nach dem möglichen Inhalt eines Vertrages, der keine Leistungspflicht begründet, in der Weise zu beantworten, daß man die Leistungspflicht streicht und die verbleibenden Schutzpflichten als möglichen Inhalt eines solchen Vertrages bezeichnet. Dabei würde man aber übersehen, daß die Schutzpflichten anders als die Leistungspflicht nicht Gegenstand der Parteivereinbarung sind, vielmehr erst im Wege einer Ergänzung des Vertragsinhalts unter Heranziehung des Grundsatzes von Treu und Glauben mit Rücksicht

---

249) Larenz, Schuldrecht I, 7. Aufl., S. 5 ff.

auf die Verkehrssitte (§§ 157, 242) gewonnen werden[250]. Würde man also die Leistungspflicht streichen, so blieben als Vertragsinhalt nicht etwa die Schutzpflichten übrig, der Vertrag hätte vielmehr überhaupt keinen rechtlich relevanten Inhalt mehr.

Ein schuldrechtlicher Vertrag ohne volle Leistungspflicht läßt sich nur in der Weise konstruieren, daß man einen rechtlichen Bestandteil der Leistungspflicht herauslöst und verselbständigt. Einen Anhaltspunkt für einen derartigen, der Verselbständigung fähigen rechtlichen Bestandteil der Leistungspflicht bietet die doppelte Aufgabe der Leistungspflicht: Sie soll dem Gläubiger Gewähr für die Erlangung der Leistung verschaffen[251] und ihm zugleich die Befugnis geben, die Leistung zu behalten. Die erste Aufgabe erfüllt sie, bevor der Schuldner geleistet hat[252]. Entspricht nun die erste Aufgabe nicht dem "Wesen" der Gfkt[253], so läßt sich die zweite Aufgabe mit dem Charakter des Gfktsverhält-

---

250) Ob es sich dabei um Auslegung oder um Anwendung dispositiven Rechts handelt, ist streitig. Siehe W. Henckel, AcP 159, 106 ff. einerseits, Larenz NJW 1963, 737 ff. andererseits. Siebert stützt die Begründung der Schutzpflichten auf § 242 (Soergel-Siebert, § 242, Rdn. 66,99 ff.).

251) Protokolle I. S. 280.

252) Larenz führt in seinem Lehrbuch aus, durch die Erfüllung der Leistungspflichten werde das Schuldverhältnis "aufgehoben" in dem doppelten Sinn, daß es - als Schuldverhältnis - untergeht, aber in veränderter Bedeutung - als Rechtsgrund der geschehenen Leistungen - noch fortdauert (I, 7. Aufl., S. 22 vor VI.).

253) Siehe oben S. 3, Fußnote 6.

nisses durchaus vereinbaren. Im Gegenteil: Es würde dem Zweck der Gfkt, dem Gfktsempfänger behilflich zu sein, seinem Interesse zu dienen, widersprechen, wenn auf Verlangen des Gefälligen eine Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht stattzufinden hätte.

Möglicher Inhalt eines Vertrages ohne Leistungspflicht ist also die Begründung eines Rechtsgrundes für den Erwerb der Leistung.

b) Fragt man nun danach, ob die schuldrechtliche Vertragsfreiheit einen Vertrag zuläßt, dessen Inhalt sich in der Schaffung eines Rechtsgrundes für den Erwerb der Leistung erschöpft, so wird man zunächst auf die Handschenkung verweisen. Das Reichsgericht führte aus[254], daß bei der Handschenkung der Schenker zwar keinerlei Verpflichtung übernehme, daß aber die Einigung der Beteiligten insofern einen schuldrechtlichen Vertrag (sic!) darstellt, als sie den Rechtsgrund schafft, der die Bereicherung schuldrechtlich rechtfertigt. Man wird ferner auf diejenigen Vereinbarungen verwiesen, bei denen das Gesetz bestimmt, daß durch sie "eine Verbindlichkeit nicht begründet" werde, die aber gleichwohl eine Rückforderung des Geleisteten als ungerechtfertigte Bereicherung ausschließen (§ 656 Absatz 1: Ehemäklerlohn; § 762 Abs. 1: Spiel oder Wette). Man wird schließlich auf diejenigen Leistungsversprechen verwiesen, die das Gesetz wegen Nichtbeobachtung einer vorgeschriebenen Form für nichtig erklärt (§ 125 Satz 1), bei denen es aber bestimmt, daß der Mangel der Form durch die Bewirkung der versprochenen Leistung geheilt wird

---

254) RGZ 111, 152/153

(§ 518 Abs. 2; § 766 Satz 2). Letzteres bedeutet nichts anderes, als daß die Leistungsvereinbarung sich dann, wenn sie der gesetzlich vorgeschriebenen Form ermangelt, in der Schaffung eines Rechtsgrundes für den Erwerb der Leistung erschöpft.[255]

In diesem Zusammenhang sind auch die sog. faktische Gesellschaft und das sog. faktische Arbeitsverhältnis zu nennen. Auch hier handelt es sich darum, daß die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit eines Vertrages geheilt wird, wenn und soweit er durchgeführt worden ist.[256] Das bedeutet nichts anderes, als daß der Vertrag trotz seiner "Nichtigkeit" oder Anfechtbarkeit nicht der rechtlichen Wirksamkeit entbehrt. Er ist nur nicht in der Lage, eine volle Leistungspflicht zu begründen. Sein Inhalt erschöpft sich in der Schaffung eines Rechtsgrundes für den Erwerb der Leistung. Daß dieses Rechtsgrundverhältnis nicht unabhängig vom Willen der Parteien kraft objektiven Rechts gegeben ist, zeigt sich darin, daß in Literatur und Rechtsprechung das Vorhandensein eines - wenn auch fehlerhaften - Vertrages für unentbehrlich gehalten wird. So führt der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs aus, auch eine faktische Gesellschaft setze wie jede Gesellschaft einen Gesellschaftsvertrag voraus, es genüge aber bei ihr das Vorliegen eines mangelhaften Vertrages, der von dem

---

255) Anderes gilt für §313 Satz 2; denn hier können mit der Auflassung und Eintragung auch Leistungspflichten entstehen (z.B. die Pflicht des Erwerbers zur Zahlung des Kaufpreises).

256) Nach einigen Ansichten auch darüber hinaus (Nachweise bei Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen, Anm. 37, S. 15). In aller Deutlichkeit führt aber der BGH aus, daß bei einer faktischen Gesellschaft für die Zukunft die Wirkung eines vorliegenden Nichtigkeitsgrundes nicht eingeschränkt oder geleugnet werden darf (BGHZ 3, 290/291).

tatsächlichen, wenn auch rechtlich fehlerhaften Willen der Vertragschließenden getragen sei.[257] Daß dieser "tatsächliche" Wille der Vertragschließenden nicht die Bedeutung eines bloßen Tatbestandsmerkmals für ein "gesetzliches" Rechtsgrundverhältnis haben kann, ergibt sich daraus, daß auch in einem solchen Fall die "vertragliche" Regelung den dispositiven gesetzlichen Vorschriften vorgeht.[258]

Im engeren Zusammenhang mit unserem Thema ist darauf hinzuweisen, daß auch diejenigen gesetzlich geregelten Gfktsverträge, denen das Gesetz die Figur eines Vertrages mit voller Leistungspflicht zugrundelegt, ihrem Inhalt nach sowohl den Typus eines Vertrages mit voller Leistungspflicht als auch den Typus des Vertrages erfassen, dessen Inhalt sich in der Schaffung eines Rechtsgrundes für den Erwerb der Leistung erschöpft. Dies zeigt sich besonders deutlich im Auftragsrecht. Nach § 671 Abs. 1 kann der Beauftragte den Auftrag jederzeit kündigen. Abs. 2 a.a.O. schränkt diese Kündigungsmöglichkeit nicht ein, sondern begründet lediglich eine Ersatzverpflichtung des Beauftragten, wenn er zur Unzeit kündigt.[259] Die Möglichkeit des Beauf-

---

257) BGHZ 11, 190. Weitere Nachweise für diese Ansicht bei Pawlowski a.a.O. Anm. 5, S. 2.

258) Z. B. die Abrede über die Verteilung des Gewinns bei einer OHG, sofern nicht gerade diese Abrede nach § 123 angefochten ist. Nachweise bei Pawlowski a.a.O. Anm. 91, 94, S. 26/27.

259) Enneccerus-Lehmann § 163 I. 1. (S. 689); Staudinger-Nipperdey Rdn. 18 zu § 671; RGRK-Denecke Anm. 5 zu § 671; Soergel-Erdsiek-Mühl Rdn. 4 zu § 671; Erman-Hauß (4. Aufl.) 4. b) zu § 671; Palandt-Gramm Anm. 3 zu § 671; Thiele AcP 89 (1899) S. 161 zu B. 1.

tragten, sich ohne jeden Grund von dem Auftrag zu lösen, schließt das Vorhandensein einer Leistungspflicht aus.[260] Eine solche ist nur dann gegeben, wenn der Beauftragte auf das Kündigungsrecht des § 671 Abs. 1 verzichtet hat. Dann kann er sich nämlich, wie sich aus § 671 Abs. 3 ergibt, nur beim Vorliegen eines wichtigen Grundes von dem Auftrag lösen.

Ein ähnliches Bild zeigt das Leiherecht und das Recht der unentgeltlichen Verwahrung. Das Gesetz kennt einen Fall der Leihe, bei der der Verleiher die Sache jederzeit zurückfordern kann (§ 604 Absatz 3) und einen Fall der unentgeltlichen Verwahrung, bei der der Verwahrer jederzeit die Rücknahme der hinterlegten Sache verlangen kann (§ 696 Satz 1). Soweit diese Regelung reicht, ist das Vorhandensein einer Leistungspflicht ausgeschlossen. Eine solche besteht bei der Leihe nur dann, wenn die Dauer der Leihe entweder bestimmt (§ 604 Abs. 1) oder aus ihrem Zweck zu entnehmen ist (§ 604 Abs. 2). In diesen Fällen ist eine vorzeitige Rückforderung der verliehenen Sache nur unter den Voraussetzungen des § 605 möglich. Bei der unentgeltlichen Verwahrung besteht eine Leistungspflicht nur dann, wenn eine Zeit für die Aufbewahrung bestimmt ist. Dann kann der Verwahrer die vorzeitige Rücknahme der hinterlegten Sache nur verlangen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt

---

260) Schon Isay wies in seiner Monographie: "Die Geschäftsführung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich" aus dem Jahre 1900 darauf hin, daß es sich mit der Annahme einer Leistungspflicht schlecht vereinbaren läßt, daß der Verpflichtete das Recht haben soll, sich ohne jeden Grund einseitig seiner Verpflichtung entziehen zu können (S. 124). Vgl. im übrigen oben S. 38-39 zu (1).

(§ 696 Satz 2). Die Voraussetzungen des Bestehens einer Leistungspflicht bei Leihe und unentgeltlicher Verwahrung sind m. E. nicht so zu verstehen, daß die Parteien über die Dauer der Gebrauchsüberlassung bzw. der Aufbewahrung oder über den Zweck der Gebrauchsüberlassung lediglich gesprochen haben und sich in diesem Sinne "einig" gewesen sein müssen. Es ist vielmehr erforderlich, daß die Parteien hinsichtlich der Dauer bzw. der Zweckbestimmung eine den Gefälligen bindende Vereinbarung getroffen haben. Damit würden sich die Voraussetzungen des Bestehens einer Leistungspflicht bei Leihe und unentgeltlicher Verwahrung dem Verzicht auf das Kündigungsrecht beim Auftrag nähern. Diese Auffassung findet eine Stütze in den Gesetzesmaterialien. Die Motive[261] sehen den Grund für die Regelung des heutigen § 604 Abs. 3 darin, daß der Entleiher in dem vorausgesetzten Falle aus dem Inhalte des Vertrages[262] ein die Zeit der Zurückforderung beschränkendes Recht für sich nicht ableiten kann. Es ist also nicht so, daß die beiden Varianten des Leihe- bzw. unentgeltlichen Verwahrungsvertrages lediglich Folgen des verschiedenen Leistungsinhalts sind.

Aus allen diesen Erscheinungen muß geschlossen werden, daß die schuldrechtliche Vertragsfreiheit auch den Typus des Vertrages zuläßt, bei dem keine Leistungspflicht besteht, dessen rechtlich relevanter Inhalt sich vielmehr in der Schaffung eines Rechtsgrundes für den Erwerb der Leistung erschöpft. Demgemäß unterscheidet Siber im Rahmen der schuldrechtlichen Vertragsfreiheit bloße Rechtsgrundgeschäfte

---

261) II, 451

262) Hervorhebung vom Verfasser

und verpflichtende Rechtsgrundgeschäfte[263]. Reuß bezeichnet die Verträge (gemeint sind die Verträge, die eine Leistungspflicht begründen) als "die oberste Stufe der Leiter verschiedenartiger Abreden", "den im einzelnen geregelten Normalfall von Abreden".[264] Auch von Blume und Enneccerus-Lehmann erkennen den Typus eines solchen Vertrages an. Sie meinen, bei den meisten Gfkten handele es sich um Verträge, welche die gestatteten Handlungen zu nicht widerrechtlichen, sondern gerechtfertigten machen und den Leistungen einen Rechtsgrund geben sollen, der den Bereicherungsanspruch ausschließt, die aber keine Verpflichtung zu der übernommenen Leistung erzeugen.[265]

2. Möglichkeit einer sog. positiven Vertragsverletzung bei einem Vertrag, bei dem keine Leistungspflicht besteht

a) Die Frage, ob auch bei einem bloßen Rechtsgrundgeschäft eine sog. positive Vertragsverletzung möglich ist, kann nur dann bejaht werden, wenn die Haftung wegen sog. positiver Vertragsverletzung von der auf Erfüllung und für Nichterfüllung unabhängig ist. Man muß insoweit unterscheiden, ob die positive Vertragsverletzung darin besteht, daß der Schuldner "in unsorgsamer Weise" leistet (sog. Schlechterfüllung), oder darin, daß der Schuldner (oder auch der Gläubiger)

---

263) Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit, JJ 70 (1921), S. 223 ff., insbes. S. 233 ff.

264) Die Intensitätsstufen der Abreden und die Gentleman -Agreements, AcP 154 (1955), S. 485 ff., insbes. S. 515 zu IV

265) v. Blume, Das Reichsgericht und die Gfktsverträge, Recht 1908, Sp. 649 ff., insbes. Sp. 651. Enneccerus-Lehmann, § 27 Nr. 6 (S.120). Die Formulierung wurde von Enneccerus-Lehmann übernommen.

eine weitere Verhaltenspflicht verletzt[266]. Seit den Ausführungen von Heinrich Stoll über den grundlegenden Unterschied zwischen Leistungspflichten und den von ihm sog. Schutzpflichten ist anerkannt, daß die Haftung für Verletzung einer weiteren Verhaltenspflicht auch dann bestehen bleibt, wenn die Leistungspflicht infolge Anfechtung oder Rücktritt aufgehoben wird[267]. Wie schon die von Stoll vorgeschlagene Bezeichnung "Schutzpflicht" zeigt, gründet sich die Verselbständigung der weiteren Verhaltenspflichten gegenüber der Leistungspflicht auf ihren von dieser verschiedenen Zweck: Die Leistungspflicht hat den Zweck, dem Gläubiger die Leistung zu verschaffen und dem Geleisteten einen Rechtsgrund zu geben[268], die Schutzpflichten dagegen, die Parteien vor Schädigungen zu schützen, die sich daraus ergeben können, daß sie aus Anlaß des Vertrages ihre Interessen der Gefahrensphäre des anderen aussetzen.

Auch hinsichtlich der Haftung für sog. Schlechterfüllung ist die Lehre im Vordringen, daß diese Haftung bei Aufhebung der Leistungspflicht durch Anfechtung oder Rücktritt bestehen bleibt. Zum ersten

---

266) Siehe zu dieser Unterscheidung Larenz, Schuldrecht I, 7. Aufl., § 23 I a), S. 277 ff.

267) Heinrich Stoll, Die Lehre von den Leistungsstörungen, 1936, S. 25 ff. zu II.; Siebert bei Soergel-Siebert, Rdn. 63 zu § 242.

268) Siehe oben S. 39 zu Note 120 und S. 86 zu Note 251

Mal hat diese Ansicht Herholz vertreten[269]. Herholz bekämpfte die Ansicht, daß die Haftung für sog. Schlechterfüllung das Bestehen einer Leistungspflicht voraussetzt[270] dadurch, daß er nachzuweisen versuchte, daß die Pflicht, in sorgsamer Weise zu leisten, nicht zum Inhalt der Leistungspflicht gehöre. Inhalt der Leistungspflicht sei lediglich die Herbeiführung des Leistungserfolges, während es gleichgültig sei, in welcher Weise der Schuldner ihn herbeiführe. Insbesondere habe der Schuldner seiner Leistungspflicht voll genügt, wenn er nach einem fehlgeschlagenen Leistungsversuch, bei dem dem Gläubiger ein Begleitschaden entstanden ist, den Leistungserfolg noch rechtzeitig herbeiführt[271].

Mit diesen Überlegungen trifft Herholz nicht den Kernpunkt. Er übersieht, daß die Pflicht, den Leistungserfolg herbeizuführen, die Pflicht, in sorgsamer Weise zu leisten, einschließen kann, nämlich dann, wenn ein weiterer Leistungsversuch nicht möglich ist oder nicht mehr rechtzeitig durchgeführt werden könnte, und daß

---

269) Das Schuldverhältnis als konstante Rahmenbeziehung, AcP 130 (1929), S. 257 ff. In AcP 131 (1929), S. 141 ff. spricht sich zwar auch Stoll allgemein für eine Haftung auf das Vertrauensinteresse bei Ausübung eines gesetzlichen Rücktrittsrechts aus, beschränkt diese aber - abgesehen vom Ersatz der Aufwendungen - auf die Haftung für den Schaden, der dem Rücktrittsberechtigten aus schuldhafter Verletzung von Anzeige- und sonstigen vertraglichen Nebenpflichten entstanden ist (S. 182/183).

270) In Verfolg dieser Lehre führt z.B. Klünder, Diss., aus (S. 21/22): "Dagegen soll nach einigen immer ohne Ausnahme aus einer menschenfreundlichen Handlung ... eine Verantwortungspflicht des Handelnden erwachsen, obwohl zu der Handlung selbst keine Rechtspflicht bestand. Darin liegt ein Widerspruch..."

271) a.a.O. S. 305 ff.

beide Pflichten untrennbar sind, wenn der wirtschaftliche Erfolg, den der Schuldner dem Gläubiger zu verschaffen verpflichtet ist, gerade in sorgfältiger Tätigkeit besteht, wie etwa beim Dienstvertrag (Zusammenfallen von Leistungshandlung und Leistungserfolg).

Herholz gebührt aber das Verdienst, daß er die Unhaltbarkeit der Lehre dargetan hat, die die Haftung für sog. Schlechterfüllung auf die Leistungspflicht stützt. Er hat deutlich gemacht, daß auch die Haftung für sog. Schlechterfüllung ihren Grund in der Erwägung findet, daß der Gläubiger anläßlich des Vertrages seine Interessensphäre der Gefahrensphäre des Schuldners aussetzt. Diese Erwägung trifft aber immer schon dann zu, wenn die Leistung - freiwillig oder in Erfüllung einer Verbindlichkeit - tatsächlich erbracht wird.

In voller Konsequenz ist die Trennung der beiden Funktionen des Schuldverhältnisses - Schutz des Leistungsinteresses und Schutz vor Schäden durch Interessenexponierung[272] - zum ersten Mal von Karl Michaelis durchgeführt worden[273]. Michaelis unterscheidet entsprechend diesen beiden Funktionen zwischen der Haftung für Erfüllungsschaden und der Haftung für von ihm

---

272) Von Interessenexponierung spricht Müller-Erzbach in seinem Aufsatz: "Gefährdungshaftung und Gefahrtragung" (AcP 106, 1910, S. 309 ff.). Er glaubt, aus der Funktion des Rechts die Regel herleiten zu können, daß von mehreren Beteiligten derjenige den Schaden tragen müsse, der das Risiko des Schadenseintritts ganz oder im Vergleich zu den Mitbeteiligten doch überwiegend in seiner Hand hat (S. 413)

273) Beiträge zur Gliederung und Weiterbildung des Schadensrechts, 1943, in: Festschrift für Heinrich Siber, Band II, S. 185 ff.

sog. Nebenschaden. Nebenschaden ist derjenige Schaden, der nicht durch das Ausbleiben oder die Verzögerung der versprochenen Leistung vermittelt wird. Er kann - insoweit greift Michaelis über die Lehre von der sog. positiven Vertragsverletzung hinaus - auch dann vorliegen, wenn Unmöglichkeit oder Verzug gegeben ist[274]. Bei Lieferungs- oder Beförderungsverträgen ist Nebenschaden in diesem Sinn der primäre Personen- oder Sachschaden und der etwa dadurch vermittelte weitere Vermögensschaden. Bei einem Vertrag, dessen Zweck unmittelbar auf die Erhaltung der Integrität einer Person oder eines Gegenstandes gerichtet ist, der also nicht eine bestimmte Leistung zum Inhalt hat, sondern überhaupt nur auf sorgfältige Tätigkeit gerichtet ist (von Michaelis Obhutsvertrag genannt[275]), sind Erfüllungs- und Nebenschäden danach zu unterscheiden, ob die Tätigkeit überhaupt nicht aufgenommen oder nachlässig ausgeführt wird.[276] Die Haftung für Nebenschaden wird nach Michaelis durch die Nichtigkeit des Vertrages nicht ausgeschlossen.

Neuerdings vertreten im Anschluß an E. Wolf[277]

---

274) Der Ausdruck "Neben"-schaden findet sich schon bei Heinrich Stoll, AcP 131 (1929), S. 185 (letzter Satz). Stoll meint aber anders als Michaelis nur den Schaden, der aus Verletzung von Anzeige- und sonstigen Nebenpflichten entstanden ist (siehe oben N. 260). Franz Leonhard bezeichnete den Schaden, der bei einer positiven Vertragsverletzung zu ersetzen ist, als "Begleit"-schaden (siehe Larenz, Schuldrecht I, 7. Aufl., S. 278 zu Fußnote 2).

275) a.a.O. S. 25

276) a.a.O. S. 27 ff.

277) Rücktritt, Vertretenmüssen und Verschulden, AcP 153, 97.

Larenz[278] und Esser[279] die Ansicht, daß beim Rücktritt nur die noch bestehenden primären Leistungspflichten mitsamt denjenigen sekundären Ansprüchen erlöschen, die gerade auf das Leistungsinteresse, insbesondere auf den Ersatz etwaigen Verzugsschadens, gehen, daß aber die Ersatzpflicht wegen eines durch Schlechterfüllung entstandenen, über das eigentliche Leistungsinteresse hinausgehenden zusätzlichen Schadens ebenso wie die Schadensersatzpflicht wegen Verletzung einer weiteren Verhaltenspflicht bestehen bleibt.

Der Bundesgerichtshof hat den Inhaber einer Autoreparaturwerkstatt sogar nach den Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung für die Beschädigung eines Autos bei der Reparatur in einem Fall haften lassen, in dem ein Vertrag nicht zustandegekommen war[280].

b) Ist die Haftung wegen sog. positiver Vertragsverletzung bei einem verpflichtenden Rechtsgrundgeschäft von der Haftung auf Erfüllung und für Nichterfüllung unabhängig, so liegt die Annahme nahe, daß auch bei einem bloßen Rechtsgrundgeschäft eine solche Haftung stattfinden kann. Wenn die Unabhängigkeit der Haftung wegen positiver Vertragsverletzung von der

---

278) Schuldrecht I, 8. Aufl, § 25 I a), S. 301
279) Schuldrecht § 82, 4 d)
280) BB 1953, 956

Haftung auf Erfüllung und für Nichterfüllung bei einem verpflichtenden Rechtsgrundgeschäft auf der Erwägung beruht, daß der Grund für jene Haftung immer schon dann gegeben ist, wenn die Leistung tatsächlich erbracht wird, so ist dieser Schluß in der Tat zwingend. Der Sache nach ist er auch in der Rechtsprechung seit langem anerkannt. So nahm der VI. Zivilsenat des Reichsgerichts schon in seinem Urteil vom 13. 12. 1906[281] eine vertragliche Haftung mit der Folge der Anwendbarkeit des § 278 für den Fall an, daß das Mitfahren in einem Kraftfahrzeug im Zusammenhang von Vorbesprechungen über den möglichen Ankauf eines Kraftfahrzeugs verabredet worden war, obwohl hier doch sicherlich nicht ein verpflichtendes, sondern ein bloßes Rechtsgrundgeschäft vorlag. Im Urteil vom 16. 4. 1931[282] nahm derselbe Senat einen Beförderungsvertrag mit der Folge der Anwendbarkeit des § 278 in einem Falle an, in dem die Mitfahrt Gelegenheit geben sollte, auf eine Auftragserteilung hinzuwirken. In einem Urteil vom 16.3.1932[283] nahm der V. Zivilsenat des Reichsgerichts einen Beförderungsvertrag mit der Folge der Anwendbarkeit des § 278 in einem Falle an, in dem die Fahrt zum Verkauf einer Sache unternommen worden war, die dem Mitgenommenen sicherungsübereignet war. In diesen Fällen hätte das Gericht einen Erfüllungsanspruch oder einen Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses sicherlich nicht zugesprochen. Diese Rechtsprechung ist durch das Institut der culpa in contrahendo

---

281) RGZ 65, 17 ff. Siehe schon oben S. 3 zu Note 7.
282) DAR 1931, Nr. 241 (Sp. 248 ff.)
283) Warneyer Rspr 1932, Nr. 73 (S. 149 ff.)

nicht voll gedeckt. Sie hat sich zudem unabhängig von diesem Institut nach dem 2. Weltkrieg fortgesetzt. So bejahte der Oberste Gerichtshof für die britische Zone eine vertragliche Haftung (§ 278) in einem Fall, in dem der Beklagte die regelmäßige Gepäckbeförderung vom Behelfs- zum Hauptbahnhof betrieb und dabei auch die Reisenden selbst mitfahren ließ[284]. Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs nahm eine rechtsgeschäftliche Haftung in einem Falle an, in dem der Verkäufer dem Käufer von Baumaterial gestattete, bei der Anlieferung des Materials zur Baustelle auf dem Lastwagen mitzufahren[285]. Ein Erfüllungsanspruch bestand in diesen Fällen nicht.

Auch in Fällen eines Gfktsverhältnisses hat die Rechtsprechung schon eine Haftung wegen positiver Vertragsverletzung anerkannt, obwohl nur ein blosses Rechtsgrundgeschäft in Betracht kommen konnte. So bejahte das OLG Bamberg im Beispielsfall 16[286] eine Haftung nach § 618, der VI. Zivilsenat des Reichsgerichts im Beispielsfall 8[287] und das OLG Düsseldorf im Beispielsfall 15[288] eine Haftung auf

---

284) Urteil vom 4. 11. 1949, NJW 1950, 143 ff. = VRS 1, Nr. 127 (S. 263)

285) Urteil vom 27. 11. 1959, MDR 1960, 299 (Nr.52)

286) Siehe oben S. 16, Note 46

287) Siehe oben S. 15, Note 40

288) Siehe oben S. 16, Note 45

Grund vertraglicher Obhutspflicht unter Heranziehung des § 278. Das OLG Düsseldorf stützte die Annahme eines Vertragsverhältnisses (einer Leihe) darauf, daß die Klägerin erkennbar ein wirtschaftliches und rechtliches Interesse daran hatte, daß die Beklagte vertragliche Obhuts- und Sorgfaltspflichten bei der Benutzung des Kahnes erfüllte. Die Frage, ob auch eine rechtliche Pflicht zur Gebrauchsüberlassung bestand, wird nicht geprüft.

Der gewichtigste Beleg für die Auffassung, daß auch bei einem bloßen Rechtsgrundgeschäft eine Haftung wegen positiver Vertragsverletzung stattfindet, ist das bereits besprochene[289] Urteil des I. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 22. 6. 1956, in dem das Gericht ausführt, das Fehlen einer Verpflichtung zur übernommenen Leistung schließe nicht aus, daß das Erweisen einer Gfkt rechtsgeschäftlichen Charakter trage. Wenn auch das Urteil an dem Mangel leidet, daß es diesen "rechtsgeschäftlichen Charakter" nicht präzisiert[290], so kann der zitierte Ausspruch doch bei einiger Überlegung nur im Sinne einer Anerkennung der genannten Auffassung gedeutet werden. Darin liegt die große Bedeutung dieses Erkenntnisses: Es bedeutet einen Ansatzpunkt für die Überwindung der Auffassung, daß die Annahme eines Vertrages, aus dem wegen positiver Vertragsverletzung gehaftet wird, die Annahme einer Leistungspflicht einschließt.

---

289) Siehe oben S. 78 ff. zu 4.
290) Siehe oben S. 80.

3. Die Haftung des Gefälligen wegen sog. positiver Vertragsverletzung.

Nachdem wir zu dem Ergebnis gelangt sind, daß die schuldrechtliche Vertragsfreiheit einen Vertrag zuläßt, dessen Inhalt sich in der Schaffung eines Rechtsgrundes für den Erwerb einer Leistung erschöpft, und daß auch bei einem solchen Vertrag eine sog. positive Vertragsverletzung möglich ist, ist der Weg frei, um die Haftung des Gefälligen für Begleitschäden auf eine vertragliche Grundlage zu stellen und sie auf diese Weise der besonderen Eigenart des Gfktsverhältnisses anzupassen. Im folgenden soll zunächst unabhängig von der Frage, ob jedes Gfktsverhältnis als schuldrechtlicher Vertrag ohne Leistungspflicht in dem dargelegten Sinne gedeutet werden kann, ein Typus des Gfktsvertrages ohne Leistungspflicht entwickelt werden, wobei allerdings, schon mit Rücksicht auf die gesetzlich geregelten Haftungsmilderungen bei unentgeltlichen Verträgen, nach Leistungsinhalten differenziert werden muß. Den folgenden Ausführungen liegen demgemäß nicht konkrete Sachverhalte zugrunde, sondern der abstrakte Tatbestand des Gfktsverhältnisses im Sinne unserer einleitenden Begriffsbestimmung (oben S. 6 bis 15). Methodisch handelt es sich daher um die Aufstellung dispositiver Normen, sei es unter Anwendung der für die gesetzlich geregelten unentgeltlichen Verträge geltenden Bestimmungen, sei es im Wege selbständiger teleologischer Konstruktion. Dabei wollen wir uns zunächst auf die praktisch wichtigste Frage der Ausgestaltung der Haftung des Gefälligen für Begleitschäden beschränken.

a) Zunächst stellt sich hier die Frage nach der Anwendbarkeit des § 278. § 278 findet - abgesehen von dem Fall des gesetzlichen Vertreters - nur auf Erfüllungsgehilfen Anwendung, das sind nach den Worten des Gesetzes Personen, deren der Schuldner sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient. Die Motive ergeben, daß der Gesetzgeber bei dieser Bestimmung den Schuldner im Auge hatte, der zur Leistung verpflichtet ist, und daß er als Erfüllungsgehilfen diejenigen Personen ansah, deren Hilfe der Schuldner sich bei der Bewirkung der Leistung bedient[291]. Diese Situation liegt bei einem bloßen Gfktsvertrag gerade nicht vor. Die gesetzliche Regelung des § 278 ist also für die Haftung des Gefälligen aus einem bloßen Gfktsvertrag schon aus diesem Grunde nicht ohne weiteres maßgebend. Es bedarf dazu nicht der Verneinung einer Sonderverbindung bzw. eines Vertrages. Das Iunctim zwischen der Annahme eines Vertrages und der Anwendbarkeit des § 278 ist unrichtig.

Freilich ist mit der Feststellung, daß der bloße Gfktsvertrag sich wegen des Fehlens einer Leistungspflicht nicht mit der typischen Situation deckt, die der Gesetzgeber bei der Regelung des § 278 im Auge gehabt hat, noch nicht gesagt, daß eine objektive Haftung für das Verschulden von Hilfspersonen nicht stattfindet, wenn keine eigentliche Erfüllungspflicht besteht. Es könnte nämlich insoweit eine Lücke in der gesetzlichen Regelung vorliegen, die durch eine analoge Heranziehung des § 278 zu schließen ist. In der Tat hat die Rechtsprechung den § 278 über seinen Wortlaut hinaus auch auf Sonderverbindungen angewandt,

---

291) Motive II, S. 30

bei denen keine Leistungspflicht besteht. Hier ist insbesondere die Erstreckung der Anwendbarkeit des § 278 auf die Haftung für Schaden zu nennen, der auf die mangelnde Verkehrssicherheit der Geschäftsräume zurückzuführen ist, ohne Rücksicht darauf, ob es zum Abschluß eines verpflichtenden Vertrages kommt.[292]

Eine Lücke im Gesetz ist aber nur dann vorhanden, wenn sich das Nichtvorhandensein einer Regelung, deren Vorhandensein man sich vorstellt, als "planwidrige" Unvollständigkeit darstellt.[293] Man darf die Regelung nicht bloß vermuten, sondern man muß sie - vom Standpunkt des geltenden Rechts aus - vermissen, falls ihr Nichtvorhandensein sich als "Lücke" darstellen soll.[294] Diese Voraussetzung mag für die Fälle mangelnder Verkehrssicherheit von Geschäftsräumen gegeben sein. Bei einem Gfktsverhältnis geben schon folgende Erwägungen zu Bedenken Anlaß: Die Haftung nach § 278 steht als objektive Haftung der Gefährdungshaftung nahe (wenn sie auch dadurch von ihr unterschieden ist, daß sie nicht auf einer besonderen Gefährdung beruht). Die allgemeine Rechtsüberzeugung geht aber dahin, daß eine Gefährdungshaftung des Gefälligen ausgeschlossen ist. Dies zeigte sich in der einhelligen Ablehnung, die ein Urteil des Reichsgerichts aus dem Jahre 1903[295] erfuhr, das einen Fuhrwerkshalter,

---

292) Grundlegend: RGZ 78, 239 ff. (sog. Linoleum-Fall)

293) Engisch, Einführung, S. 138

294) Engisch a.a.O.

295) RGZ 54, 73 ff.

der jemanden aus Gfkt mitgenommen hatte, auf Grund des § 833 a.F. für haftpflichtig erklärte. Dieses Erkenntnis veranlaßte von Blume zu dem Ausspruch, daß durch die uneingeschränkte deliktische Haftung des Gefälligen "die Menschenfreundlichkeit geradezu unter Strafe gestellt" werde.[296] Dies zeigt sich vor allem auch in der gesetzlichen Regelung der Gefährdungshaftung des Kraftfahrzeughalters für Insassen. Eine solche findet nämlich nach § 8a Abs. 1 StVG nur statt, wenn es sich um entgeltliche, geschäftsmäßige Personenbeförderung handelt, also nicht im Falle einer Gfktsfahrt.

Hinzu kommt folgender entscheidender Gesichtspunkt: Der Regelung des § 278 liegt der Gedanke zugrunde, daß dem "Schuldner" die Tätigkeit des Gehilfen wie seine eigene wirtschaftlich zugute komme[297]. Dieser Gedanke klingt auch in den Motiven an, wenn dort ausgeführt wird, daß der Schuldner, welcher sich der Hilfe Dritter bei der Bewirkung der Leistung bediene, im eigenen Interesse und folgeweise auch auf eigene Gefahr handele.[298] Derselbe Gedanke liegt dem

---

296) Recht 1905 Sp. 481. Siehe schon oben Note 4.

297) So besonders deutlich im Hinblick auf die Anwendbarkeit des § 278 auf Fälle, in denen keine Leistungspflicht besteht: Larenz MDR 1954, 518. Auch sonst wird allgemein zur inneren Begründung des § 278 auf den Vorteil hingewiesen, den für den Schuldner die Zuziehung eines Gehilfen bedeutet: Enneccerus-Lehmann § 44 I. 1. S. 194; Larenz, Schuldrecht I, 8. Aufl., § 19 VIII, insbes. S. 233/234 und S. 235 Mitte; Esser, Schuldrecht, § 58 2, S. 215; Staudinger-Werner Rdn. 102 vor § 275; Soergel-Schmidt § 278 Bem. 1.

298) Motive II, S. 30. Hervorhebung vom Verfasser.

Art. 1384 Code civil zugrunde, der abweichend von dem geltenden § 831 BGB für das Deliktsrecht in gewissem Umfang eine objektive Haftung für das Verschulden von Gehilfen vorsieht.[299] In dem "Rapport fait au tribunal" zur Begründung dieser Bestimmung heißt es: "N'est ce pas en effet le service dont le maître profite, qui a produit le mal qu'on le condamne à réparer?"[300] Von Caemmerer führt zur Begründung der unbedingten Haftung des Geschäftsherrn für die Schäden, die seine Leute bei Ausübung ihrer Verrichtungen schuldhaft anrichten, aus:[301]

> "Derjenige soll die Haftung tragen, in dessen Interesse gehandelt worden ist. Wer die Vorteile einer Tätigkeit genießt, soll auch für die Schadensfolgen einstehen, die sich aus ihr ergeben."

Beruht demnach die objektive Haftung für das Verschulden von Gehilfen auf dem wirtschaftlichen Nutzen ihrer Verwendung, so kann in der Nichtanwendbarkeit des § 278 auf die Haftung des Gefälligen wegen sog. positiver Vertragsverletzung kein Mangel der gesetzlichen Regelung gesehen werden. Denn die Gfkt bedeutet nach der von uns gegebenen Definition[302]

---

299) Die hier interessierenden Sätze lauten:
"On est responsable nonseulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde."
"Les maîtres et les commettans du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés;"

300) Zitiert bei Müller-Erzbach AcP 106, 337/338. Hervorhebung vom Verfasser.

301) Festschrift DJT II, S. 117.

302) Siehe oben S. 6 bis 15.

gerade, daß dem Gefälligen seine eigene Tätigkeit und folglich auch die seines "Erfüllungsgehilfen" nicht wirtschaftlich zugute kommt, daß er sich nicht in seinem Interesse der Arbeitsteilung bedient.

Die Anwendung des § 278 auf die vertragliche Haftung des Gefälligen für Begleitschäden wird auch nicht durch die §§ 664 Abs. 1 Satz 3, 691 Satz 3 geboten. Zwar ordnen diese Bestimmungen an, daß der Beauftragte oder der Verwahrer für das Verschulden eines Gehilfen (im technischen Sinn) nach § 278 verantwortlich ist, wobei § 691 sowohl den Fall der entgeltlichen, als auch den Fall der unentgeltlichen Verwahrung betrifft. Beide Vorschriften lassen aber die Besonderheiten eines Gfktsverhältnisses außer Acht. Für § 691 zeigt sich das schon darin, daß er gleichermaßen für unentgeltliche wie entgeltliche Verwahrung gilt. Für § 664 Abs. 1 ergibt sich dies aus der Entstehungsgeschichte. Er findet sich nämlich bereits im I. Entwurf (§ 589), obwohl damals laut der Motive "die Unentgeltlichkeit der Auftragsvollziehung kein wesentliches Requisit des Auftragsvertrages bildete"[303], und war auf die Tätigkeit der "freien" Berufe zugeschnitten, die vordem nicht auf Grund eines entgeltlichen Vertrages vorgenommen wurde. Die genannten Vorschriften sind daher entgegen ihrem Wortlaut in ihrer Anwendung auf diejenigen Verträge zu beschränken, denen keine Gfkt zugrunde liegt. Dadurch wird § 664 Abs. 1 nicht gegenstandslos. Denn Gfkt ist

---

303) Motive II, S. 527.

nicht gleichbedeutend mit Unentgeltlichkeit. So wird man § 664 Abs. 1 Satz 3 in folgenden, von H. Michaelis in seiner Dissertation angeführten[304] und von uns bereits einmal wiedergegebenen[305] Fällen anzuwenden haben: Der Gastwirt läßt seine Gäste von der Bahn abholen und ihr Gepäck befördern, sorgt für die Reinigung ihrer Kleider, ...; der Verkäufer verspricht, den gekauften Wagen einzufahren. § 691 Satz 3 wird in folgendem Fall trotz Unentgeltlichkeit anzuwenden sein: Der Verkäufer gestattet dem Käufer, die gekaufte Ware einstweilen bei ihm liegen zu lassen.[306]

Für den Bereich der Gfktsverträge wird man dagegen allgemein die Regelung anzuwenden haben, die die §§ 664 Abs. 1, 691 für den Fall der Substitution (im technischen Sinn) vorsehen. Das heißt: Bei befugter Zuziehung von Hilfspersonen haftet der Gefällige gemäß §§ 664 Abs. 1 Satz 2, 691 Satz 2 nur für culpa in eligendo et instruendo und culpa in custodiendo. Die Erlaubnis der Zuziehung von Hilfspersonen versteht sich allerdings gemäß §§ 664 Absatz 1 Satz 1, 691 Satz 1 nicht von selbst. Zuziehung ohne Erlaubnis stellt ein eigenes Verschulden des Gefälligen dar, das ihn schadensersatzpflichtig macht.

---

304) S. 7

305) oben S. 15

306) Beispiel von Schumacher, Diss., S. 12
Siehe schon oben S. 15

Im Ergebnis befinden wir uns in Übereinstimmung mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung, für die sich allerdings die fehlende Anwendbarkeit des § 278 ohne weiteres daraus ergibt, daß sie das Gfktsverhältnis als rein deliktisches Verhältnis ansieht. Eine Ausnahme bildet lediglich das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 22. 6. 1956[307]. Der Bundesgerichtshof hat in diesem Urteil die Anwendbarkeit des § 278 bejaht, obwohl es sich um uneigennützige Hilfe, also um eine Gfkt handelte, zu der der Leistende nicht verpflichtet war[308]. Der Bundesgerichtshof hat entscheidend sein lassen, daß es sich um eine Angelegenheit handelte, "die die wirtschaftliche, geschäftliche Betätigung beider Teile betraf"[309], wobei die Gewerbebetriebe der Parteien derselben Branche angehörten und zudem "die Bitte der Klägerin von der Arbeitsgemeinschaft für das Straßenverkehrsgewerbe als der für beide Parteien fachlich zuständigen Stelle übermittelt wurde"[310]. Dieses Urteil ist ein Ansatz zu einer Ausdehnung der Analogie zu § 278 auf den gesamten Tätigkeitskreis eines Gewerbetreibenden. Es bleibt abzuwarten, ob die Rechtsprechung diesen Ansatz fortführt. Sollte sich eine derartige Ausdehnung durchsetzen, so würde insoweit von der von uns ermittelten Regel eine Ausnahme zu machen sein.

---

307) BGHZ 21, 102 ff.
308) Sachverhalt siehe oben S. 17, Fall 9
309) a.a.O. S. 108
310) a.a.O. S. 110

b) Neben der Frage der Anwendbarkeit des § 278 spielt die Frage des Haftungsmaßstabs eine Rolle. Die Annahme einer vertraglichen Haftungsgrundlage führt zur Anwendbarkeit der Vorschriften des Vertragsrechts, die bei bestimmten Gfktsverträgen einen von § 276 abweichenden milderen Haftungsmaßstab anordnen. Dem steht nicht entgegen, daß es sich hier um einen Vertragstypus ohne eigentliche Leistungspflicht handelt. Denn das Bestehen einer vollen Leistungspflicht ist für die Milderung der Haftung des Gefälligen für Begleitschäden nicht wesentlich. Das leuchtet zunächst für § 521 ein, nach dem der Schenker nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten hat. Denn diese Vorschrift gilt auch für den Fall der Handschenkung, bei der der Schenker keinerlei Verpflichtung zur Leistung übernimmt.[311] Das gilt aber nach dem Willen des Gesetzes auch für die §§ 599, 690, die die Haftung des Verleihers und des unentgeltlichen Verwahrers betreffen. Zwar heißt es in § 598, durch den Leihvertrag werde der Verleiher einer Sache verpflichtet, dem Entleiher den Gebrauch der Sache unentgeltlich zu gestatten, und in § 688 (gleichermassen für entgeltliche und unentgeltliche Verwahrung), durch den Verwahrungsvertrag werde der Verwahrer verpflichtet, eine ihm von dem Hinterleger übergebene bewegliche Sache aufzubewahren. Wir haben aber bereits an früherer Stelle (oben S. 90 - 91) dargelegt, daß die gesetzliche Leiheregelung und die gesetzliche Regelung der unentgeltlichen Verwahrung trotz des Wortlauts der soeben angeführten Bestimmungen sowohl den Typus eines Vertrages mit als auch den Typus eines Vertrages ohne volle Leistungs-

311) Vgl. Note 254.

pflicht umfassen. Demgemäß sind die §§ 599, 690 im Schrifttum häufig im Wege der Analogie herangezogen worden, obwohl man die Annahme einer Leistungspflicht ablehnte.[312] Es macht auch von der Interessenlage her keinen Unterschied, ob der Gefällige neben der Haftung für Begleitschäden auch auf Erfüllung und für Nichterfüllung haftet oder nicht. Man wird sogar sagen können, daß sich die Haftung des Gefälligen für Begleitschäden im letzteren Falle erst recht nach einem milderen Maßstab richten müsse.

Die Anwendung der §§ 521, 599, 690 auf die Gfktsverhältnisse ohne volle Leistungspflicht kann nicht in der Weise geschehen, daß man aus ihnen eine generelle Milderung der Haftung des Gefälligen für Begleitschäden herleitet. Denn abgesehen davon, daß diese Bestimmungen verschiedenartige Haftungsmilderungen vorsehen, kennt das Gesetz im Auftrag einen Gfktsvertrag, bei dem der Gefällige jede Fahrlässigkeit zu vertreten hat. Darauf weist der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs - allerdings mit Blick auf den verpflichtenden Gfktsvertrag - in einem Urteil vom 7. 10. 1963[313] hin. Die gesetzliche Auftragsregelung ist auch nicht allein auf den Typus eines Vertrages mit voller Leistungspflicht zugeschnitten, sondern erfaßt - wie wir ebenfalls schon früher dargelegt haben (oben S. 89 - 90) - auch den Typus eines Vertrages ohne Leistungspflicht.

Bezüglich der Haftung des Verleihers soll hier lediglich darauf hingewiesen werden, daß es nicht ge-

---

312) Vgl. Noten 179, 180 und die Auffassung Lehmanns oben S. 74.

313) Betrieb 1963, 1604.

rechtfertigt ist, für die Annahme einer Leihe die Hingabe der Sache an den Entleiher, die Besitzeinräumung zu verlangen. Diese Ansicht hängt mit der im älteren Schrifttum vorherrschenden Auffassung der Leihe als eines Realvertrages zusammen. Sie führte dazu, daß man seit Jherings Monographie über den Besitzwillen aus dem Jahre 1889 die Fälle eines "momentanen Detentionsverhältnisses" und einer sog. Platzleihe aus dem Leihebegriff ausschied.[314] Jhering führte folgende Beispiele für ein "momentanes Detentionsverhältnis" an:[315]

> "Ich ersuche jemanden im Theater um den Operngucker, in der Eisenbahn um sein Kursbuch, bediene mich der im Gastzimmer aufgestellten Stühle, aufgelegten Zeitungsblätter."

Für sog. Platzleihe:[316]

> "Es verstattet jemand seinem Nachbarn, bei einem Bau das Baumaterial auf seinem Hofraum abzulagern, nach einem Brande sein Vieh in seinen Stall, seinen Wagen in seine Remise zu stellen."

Nachdem im neueren Schrifttum die Leihe als ein Konsensualvertrag erkannt worden ist,[317] ist der Weg für eine von besitzrechtlichen Gesichtspunkten befreite Bestimmung des Leistungsinhalts frei. Das Gesetz bezeichnet in § 598 als solchen lediglich die Gebrauchsgestattung, wenn es auch in § 604 eine Rückgabepflicht des Entleihers statuiert. Man wird demgemäß sagen müssen, daß die Besitzeinräumung nur dann zum Leistungsinhalt gehört, wenn sie erforderlich ist, um dem Entleiher den gestatteten Gebrauch zu ermöglichen. Auf diesen Fall ist § 604 zugeschnitten. Leihe und damit die Anwendbarkeit

---

314) Jhering a.a.O. S. 419 ff., 518; Danz JJ 38,479.

315) a.a.O. S. 518

316) a.a.O. S. 419 ff.

317) Larenz, Schuldrecht II, 8. Aufl., § 46, S. 187 mit Nachweisen in Fußnote 2.

des § 599 ist dagegen - von den allgemeinen Voraussetzungen der Annahme eines Vertragsschlusses abgesehen - auch in den Beispielsfällen 10, 11 und 14 (oben S. 17 und 18) gegeben.

Bezüglich der Haftung des Beauftragten wollen wir uns mit einem Hinweis auf die herrschende Lehre begnügen, nach der jede fremdnützige Tätigkeit eine Geschäftsbesorgung im Sinne des § 662 darstellt.[318] Uns scheint diese entgegen den zahlreichen anderslautenden Ansichten im Schrifttum[319] auch hinsichtlich der Haftungsregelung zu einem angemessenen Ergebnis zu führen. Denn die Sicherheit menschlichen Verkehrslebens erfordert, daß gegenüber dem, der seine Interessen exponiert, die im Verkehr erforderliche Sorgfalt angewandt wird. Das gilt in besonderem Maße dann, wenn der Inhalt der Gfkt eine Tätigkeit des Gefälligen ist. Denn die Zuverlässigkeit einer Person läßt sich nur schwer übersehen. Es finden sich auch Stimmen in der Literatur, die diese Gesichtspunkte hervorheben. So führte bereits von Blume aus:[320]

> "Übernimmt jemand die Fürsorge für die Person oder das Vermögen eines anderen in irgend einer Hinsicht - dies scheint mir der Inhalt des umstrittenen Begriffes der 'Geschäftsbesorgung' zu sein -, so übernimmt er damit eine Pflicht, da ihm der andere sich oder seine Habe anvertraut. Zwar ist dem Auftrag die Widerruflichkeit geblieben. Aber der Beauftragte haftet für sorgfältige Pflichterfüllung nicht anders als der bezahlte Gehilfe. ... Diese, schon

---

318) Nachweise siehe oben Note 107.

319) Z.B. Müller-Erzbach AcP 106, S. 456; Flume, Allg. Teil II, S. 89.

320) Recht 1908, Sp. 653.

dem römischen Recht eigentümliche, Regelung mag vom Standpunkte des gefälligen Helfers aus ungerecht erscheinen, sie ist aber notwendig im Hinblick auf die Sicherheit menschlichen Verkehrslebens, in dieser findet der einzelne den Ausgleich für die Last, die ihm aufgebürdet wird."

Und Becker:[321]

"Bitte ich jemanden, für mich irgendein noch so geringwertiges 'Geschäft" zu besorgen, so haftet er für jedes Verschulden, bitte ich jedoch jemanden, mich nach Hause zu fahren, vertraue ich ihm also Leben, Körper und Gesundheit an, so soll er nur für grobe Fahrlässigkeit einzustehen haben. Schon im Interesse dieser Güterabwägung dürfte eine strengere Haftung angebracht sein. Es läuft auch allen gesunden Anschauungen zuwider, wenn man nur wegen der all zu engen und ängstlichen Auslegung eines Begriffes wie des der Geschäftsbesorgung einen derartigen Unterschied in der Haftungsschärfe einführen will."

Deshalb hat der hilfsbereite Herr im Beispielsfall 7 (oben S. 16) nach unserer Ansicht entgegen derjenigen von Behrend [322] für jede Fahrlässigkeit einzustehen. Im Beispielsfall 8 wird man dagegen entgegen der Meinung des VI. Zivilsenats des Reichsgerichts[323] den Haftungsmaßstab des § 690 heranziehen müssen. Zwar ist es richtig, daß sich die Aufbewahrung des Korbes über Nacht nur als Nebenleistung darstellt und daß deshalb grundsätzlich auch insoweit Auftragsrecht maßgeblich ist. Auf eine Nebenleistung können aber einzelne Vorschriften des ihr entsprechenden Vertragstypus entsprechend anzuwenden sein.[324] Dies ist u. E. im vorliegenden Fall

---

321) Diss., S. 9.

322) Recht 1919, Sp. 291.

323) in einem Urteil vom 4. 12. 1922, Recht 1923, Nr. 508 (unter 4.).

324) Larenz, Schuldrecht II, 8. Aufl., § 34, S. 5.

bezüglich des Haftungsmaßstabs angezeigt. Wir stimmen dagegen mit dem I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs überein, daß die beklagte Firma im Beispielsfall 9 gemäß der Regelung beim Auftrag für leichte Fahrlässigkeit haftet.[325)]

Durch die Begrenzung der Vertragshaftung auf bestimmte Schuldformen im Rahmen der §§ 521, 599, 690 wird auch eine etwa bestehende schärfere Deliktshaftung ausgeschlossen. Dies ist die in Lehre und Rechtsprechung herrschende Meinung.[326)] Mit der abweichenden Ansicht von Dietz, der sich neuerdings Hans Stoll angeschlossen hat[327)], können wir uns im Rahmen dieser Untersuchung nicht auseinandersetzen.

Unsere Ansicht deckt sich im Ergebnis mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Gfktsfahrt, die eine Begrenzung der deliktischen Haftung des Gfktsfahrers auf bestimmte Schuldformen ablehnt.[328)] Dabei ist zu berücksichtigen, daß nach unserer Ansicht auch die Mitnahme eines "Anhalters" nach Auftragsrecht zu beurteilen ist. Zur Begründung können wir uns auf Zitate aus den Dissertationen von Becker[329)] und Etzbach[330)] beschränken:

325) Urteil vom 22. 6. 1956, BGHZ 21, 102 ff., insbesondere 110.

326) Zur Lehre: Larenz, Schuldrecht II, § 69 VI, S. 476 (in der 8. Aufl.) mit zahlreichen Nachweisen aus dem Schrifttum in Fußnote 1. Zur Rechtsprechung insbesondere neuerdings BGHZ 46, 313 ff. (316/317). Weitere zahlreiche Fundstellen höchstrichterlicher Entscheidungen bei Emmerich, JuS 1967, 347, Fußnote 21.

327) Dietz, Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt, S. 237 ff.; Hans Stoll, Handeln auf eigene Gefahr, S. 341.

328) Z.B. RGZ 145, 390 ff. (394); BGH VersR 1966, 40. Weitere Fundstellen siehe oben Note 147.

329) S. 8

330) S. 72

"Das leiherechtliche Element ist vollkommen nebensächlich für die rechtliche Beurteilung der zwischen den Parteien bestehenden Beziehungen. Inhalt des Vertrages ist in erster Linie die Beförderung und nicht die Gewährung eines Platzes, woran dem Gast allein auch gar nichts liegt. Die Beförderung ist demnach maßgebend bei der Frage nach der Art des Vertrages."

"... könnte eine analoge Anwendung der Regeln des Schenkungs- bzw. Leiherechts nur dazu führen, daß diese Regeln innerhalb des Bereichs des andersartigen Elements zur Anwendung kommen, was für die Entscheidung der Haftungsfrage ohne jede Bedeutung wäre, weil die Haftung auf einer Verletzung der Hauptpflicht des Vertrages beruht. Eine analoge Anwendung dieser Regel auf die Hauptleistung ist nicht möglich. Für diese kommt wegen ihrer alleinigen Verwandtschaft mit dem Auftrag nur eine analoge Anwendung der Auftragsregeln in Frage."

c) Die Annahme einer vertraglichen Haftung des Gefälligen für Begleitschäden ermöglicht schließlich eine rechtliche Qualifizierung des sog. Handelns auf eigene Gefahr, die nicht lediglich auf die bewußte Selbstgefährdung des Gfktsempfängers abstellt, wie es der Einwilligungsgesichtspunkt, der Gesichtspunkt der Unzulässigkeit widersprüchlichen Verhaltens und der Gesichtspunkt des Selbstverschuldens tut, sondern die auch das maßgebende Gfktsmoment erfaßt. Aus dem Wesen der Gfkten ergibt sich nämlich die vertragsrechtliche Norm, daß der Gfktsempfänger den Gefälligen und seine Sachen so nehmen muß, wie sie sind. Auf diesem Satz beruht der gesetzliche Ausschluß der Gewährleistung bei der (Hand-)Schenkung und der Leihe.[331] Diese Norm wirkt auch auf die

331) Die §§ 523 Abs. 1, 524 Abs. 1 und 600 ordnen nur scheinbar eine (begrenzte) Gewährleistungspflicht des Schenkers und Verleihers an. Sie normieren lediglich eine Haftung wegen eines Verschuldens beim Vertragsschluß, die auf Ersatz nicht des Erfüllungs-, sondern des Vertrauensinteresses gerichtet ist (z.B. Siber JJ 70, 233; Larenz, Schuldrecht II, § 43 II a).

Haftung des Gefälligen für Begleitschäden ein: Die Haftung für Begleitschäden ist insoweit ausgeschlossen, als der Schaden ausschließlich durch einen Mangel des Gefälligen oder der von ihm benutzten oder zur Verfügung gestellten Sache verursacht worden ist. Aus der von uns (oben S. 92 ff.) betonten Selbständigkeit der Haftung für Begleitschäden gegenüber der Haftung auf Erfüllung und für Nichterfüllung ergibt sich aber eine gewisse Modifikation: Nur diejenigen Mängel sind für die Haftung für Begleitschäden in Betracht zu ziehen, die dem Gfktsempfänger im Zeitpunkt der Interessenexponierung erkennbar gewesen sind. Denn nur insoweit war der Gfktsempfänger in der Lage, die Annahme der Gfkt mit Rücksicht auf die drohende Gefahr abzulehnen. Das ist der Gesichtspunkt des Selbstverschuldens, auf den der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs allein abstellt. Bei den Mängeln des Gefälligen selbst kommt hinzu, daß diese sich im Interesse der Erkennbarkeit aus den Umständen "von selbst" ergeben müssen, wie beispielsweise die Fahruntüchtigkeit eines Kraftfahrers aus seinem Alkoholgenuß oder aus seiner Übermüdung. Die Berufung auf charakterliche Mängel oder auf schlechte Angewohnheiten ist ausgeschlossen. Aus dem Begriff des Mangels folgt schließlich ohne weiteres, daß auch die Berufung auf die allgemeine menschliche Unzulänglichkeit nicht durchgreift.

Der skizzierte Rechtssatz ist der haftungsrechtlichen Judikatur nicht fremd. Er erscheint dort aber nicht als vertragsrechtliche Norm, sondern als Bestandteil des Deliktsrechts. Wir haben die in Betracht kommenden Entscheidungen bereits wiedergegeben und kritisiert.[332] Es handelt sich

---

332) oben S. 60/61 und 62 ff., insbes. S. 71/72.

vor allem um die Urteile des VI. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 6. und 16. 5. 1907.[333] In dem ersten Urteil, das den von uns als Beispielsfall 14[334] wiedergegebenen Sachverhalt betraf, führte der Senat aus, dem Beklagten habe, weil er nur aus freundnachbarlicher Duldung den Verkehr zugelassen habe, nicht die Rechtspflicht obgelegen, für dessen Sicherheit besonders tätig zu sein. Der Senat fuhr dann fort: Wer von seiner Gfkt habe Gebrauch machen wollen, habe sie nehmen müssen, wie sie geboten worden sei. Das Urteil vom 16. 5. 1907 betraf die Mitnahme auf einem Pferdefuhrwerk. Der Senat führte hier aus: Wer sich unaufgefordert auf ein Fuhrwerk setze und unentgeltlich mitfahre, müsse Wagen, Pferde und Kutscher so nehmen, wie sie sich ihm böten (sic!).

Wenn Hans Stoll den Rechtssatz bei der Gfktsfahrt auf Mängel des Fahrzeugs beschränkt wissen will, weil nur diese sich "aus der Sachlage von selbst" ergäben und daher leichter zu übersehen seien,[335] so übersieht er, daß sich auch persönliche Mängel in gleicher Weise "aus der Sachlage von selbst" ergeben können, wie beispielsweise die Fahruntüchtigkeit aus dem vorangegangenen Alkoholgenuß. Es genügt, daß man - wie wir es getan haben - den Rechtssatz auf solche persönlichen Mängel beschränkt, bei denen diese Voraussetzung gegeben ist.

---

333) JW 1907, 364 und SeuffBlätt 72, S. 1084.
334) oben S. 18.
335) Siehe oben S. 61 (Note 189).

Soweit demnach die vertragliche Haftung des Gefälligen für Begleitschäden ausgeschlossen ist, muß es auch die deliktische sein, da sonst der mit Rücksicht auf das Gfktsverhältnis eintretende Haftungsausschluß praktisch weitgehend bedeutungslos wäre.

4. Die Haftung des Gefälligen wegen Ausbleibens oder Verzögerung der versprochenen Leistung

Die Haftung des Gefälligen, von der hier die Rede sein soll, ist wie die Haftung auf Erfüllung und für Nichterfüllung eine Haftung für Erfüllungsschaden im Sinne der von Michaelis getroffenen Unterscheidung zwischen Erfüllungsschaden und Nebenschaden[336], d. h. für einen Schaden, der durch das Ausbleiben oder die Verzögerung der versprochenen Leistung vermittelt wird. Während aber bei der Haftung auf Erfüllung und für Nichterfüllung der Berechtigte so zu stellen ist, wie er stünde, wenn ordnungsgemäß erfüllt worden wäre (sog. positives Interesse), geht es hier um die Frage, ob der Gefällige im Falle des Ausbleibens oder der Verzögerung der Leistung den Gfktsempfänger unter bestimmten Voraussetzungen so zu stellen hat, wie er stünde, wenn die Gfkt gar nicht erst versprochen worden wäre (Ersatz des sog. negativen oder Vertrauensinteresses). Um eine derartige Haftung handelt es sich in den Beispielsfällen 4 bis 6[337].

336) Siehe oben S. 95/96.
337) Siehe oben S. 16

Die Beispielsfälle sind dadurch gekennzeichnet, daß die Leistung sich in diesen Fällen nicht in der Gewährung eines Vorteils erschöpft, sondern zugleich geeignet ist, eine dem Gfktsempfänger unabhängig von der Gfktserweisung drohende Gefahr oder Schwierigkeit abzuwenden. Der Versprechensempfänger hat, weil er auf die Erfüllung der Gfktszusage vertraut, auf eine eigene Vorsorge zur Gefahrabwendung verzichtet. Er hat seine Interessen nicht nur im Hinblick auf die sorgsame Ausführung der versprochenen Leistung, sondern schon im Hinblick darauf, daß überhaupt geleistet wird, der Gefahrensphäre des Gefälligen ausgesetzt.

Man wird, falls nicht achtenswerte eigene Interessen des Gefälligen im Sinne eines "wichtigen Grundes" entgegenstehen, dem Gfktsempfänger auch insoweit einen Schutz nicht versagen dürfen. Steht doch dieser Haftungsfall der Haftung für Nebenschäden sehr nahe. Im einen wie im anderen Fall liegt eine Interessenexponierung vor. Der Unterschied besteht nur darin, daß bei der Haftung für Nebenschäden die Interessenexponierung durch das Erbringen der Leistung bedingt ist, während sie in den in Rede stehenden Fällen lediglich voraussetzt, daß eine Zusage gegeben ist und der Empfänger der Zusage auf ihre Erfüllung vertraut. So wie die Interessenexponierung bei der Haftung für Nebenschäden immer schon dann gegeben ist, wenn die Leistung, sei es freiwillig oder in Erfüllung einer Verbindlichkeit, tatsächlich erbracht wird, so soll auch in diesen Fällen die Interessenexponierung lediglich voraussetzen, daß tatsächlich eine - wenn auch für sich allein noch rechtlich unverbindliche - Zusage gegeben worden ist und außerdem der Gegner tatsächlich auf eigene Vorsorge verzichtet und dadurch zu erkennen gibt, daß er auf ihre Erfüllung vertraut.

Die vorgeschlagene Haftung des Gefälligen für Vertrauensschaden läßt die Verneinung einer Leistungspflicht des Gefälligen unberührt. Den Gefälligen trifft nur die Rechtspflicht, dem Gfktsempfänger die Nichtausführung bei Vermeidung einer Ersatzpflicht anzuzeigen. Diese Anzeigepflicht setzt neben der objektiv vorliegenden Interessenexponierung des Gfktsempfängers im soeben beschriebenen Sinn die Kenntnis oder das Kennenmüssen des Gefälligen hiervon voraus. Dieses subjektive Moment ist ein rechtspflichtbegründender Umstand und von dem Verschulden im technischen Sinn, das eine bestehende Rechtspflicht voraussetzt, zu trennen.[338] Kann der Gfktsempfänger den Schadenseintritt nicht mehr selbst verhindern oder doch nur unter höheren Aufwendungen, als wenn er auf die Zusage nicht vertraut hätte, so ist der Gefällige allerdings bei Meidung der Ersatzpflicht verpflichtet, die Erwartung des Gfktsempfängers nicht zu enttäuschen, d. h., die versprochene Leistung vorzunehmen. Es handelt sich hier aber nicht um eine Leistungspflicht. Die Erfüllungspflicht ist hier wie diejenigen Pflichten, deren Verletzung zu einer Schadensersatzverpflichtung wegen sog. positiver Vertragsverletzung führt, nicht unmittelbar erzwingbar und ihre Verletzung löst auch nicht eine Haftung auf das Erfüllungs- sondern nur auf das Vertrauensinteresse aus. Besteht die Gfkt in der Überlassung einer Sache zum Gebrauch, so macht das Rückgabeverlangen des Gefälligen den Besitz des Gfktsempfängers in jedem Falle unrechtmäßig, auch dann,

---

338) So auch Raape für die Pflicht zur Anzeige der gefahrdrohenden Beschaffenheit einer überlassenen Sache, AcP 147, S. 226.

wenn der Gefällige nach den entwickelten Grundsätzen bei Meidung einer Schadensersatzverpflichtung verpflichtet ist, dem Gfktsempfänger die Sache noch zu belassen.

Will man die in Rede stehende Haftung durch eine Analogie zur Haftung des Gefälligen für Nebenschäden begründen, so muß sie auch den gleichen Grundsätzen unterliegen wie jene. Sie tritt demnach nur ein, wenn den Gefälligen ein Verschulden trifft. Dabei greifen alle Haftungsmilderungen ein, die wir für die Haftung des Gefälligen für Begleitschäden entwickelt haben: Der Gefällige hat nicht das Verschulden von Hilfspersonen zu vertreten; seine Haftung ist nach Maßgabe der §§ 521, 599, 690 auf bestimmte Schuldformen beschränkt und unter den Voraussetzungen eines sog. Handelns des Gfktsempfängers auf eigene Gefahr ganz ausgeschlossen. Der Gefällige haftet also in den Beispielsfällen 4 bis 6 gemäß der gesetzlichen Haftungsregelung beim Auftrag für leichte Fahrlässigkeit. Hat der Freund aber im Beispielsfall 4 dem Gefälligen den Brief nach einem gemeinsamen Gelage übergeben, obwohl dieser infolge des Alkoholgenusses erkennbar nicht mehr imstande war, an das Besorgen des Briefes zu denken, so ist eine Haftung des Gefälligen für Vertrauensschaden ausgeschlossen. Denn der Freund mußte den Gefälligen so nehmen, wie er sich ihm bot. Hatte der Gefällige im Beispielsfall 5 sich bereit erklärt, den Bekannten am nächsten Morgen von seinem (zuverlässigen) Chauffeur zum Bahnhof bringen zu lassen und verspätet sich dieser, so haftet der Gefällige nicht.

Der Schutz des Vertrauens des Gfktsempfängers in das Gfktsversprechen wird vom überwiegenden Schrift-

tum anerkannt.[339] Das Schrifttum sieht sich nur auch hier durch den Satz, daß die Annahme eines Vertrages die Annahme einer Leistungspflicht einschließt, gehindert, zu einer sachgerechten Lösung zu kommen. Es meint, nur durch die Gewährung eines Erfüllungsanspruchs helfen zu können.[340] Dabei kann es nicht erklären, inwiefern die Verbindlichkeit der Zusage voraussetzt, daß der Gfktsempfänger - für den Gefälligen ersichtlich - sich auf die erwartete Erfüllung einstellt. Denn darauf kommt es sonst - etwa bei einem Kaufvertrag - für die Vertragsverbindlichkeit nicht an. Stellt man dagegen diese Haftung auf eine Stufe mit der Haftung für Nebenschäden (sog. positive Vertragsverletzung), dann lassen sich diese Voraussetzungen zwanglos entwickeln.

Ungerechtfertigt ist die Einschränkung, daß das Vertrauen des Gfktsempfängers in die Erfüllung der Zusage nur geschützt wird, wenn es sich um Dispositionen von vermögensmäßiger Relevanz handelt[341]. Auch der Arzt, der gfktshalber einen unentgeltlichen Krankenbesuch zusagt, haftet billigerweise bei seinem Nichterscheinen für eine Verschlimmerung der Krankheit, wenn ihm erkennbar gewesen ist, daß ohne seine Zusage rechtzeitig ein anderer Arzt zugezogen worden wäre.

---

339) Nachweise Fußnoten 72 + 73.

340) Vgl. Kritik oben S. 38

341) So ein Teil des Schrifttums. Nachweise oben Note 73.

5. Der Gfktsvertrag ohne Leistungspflicht und das Minderjährigenrecht

Kinder, die nicht das siebente Lebensjahr vollendet haben, können gemäß §§ 104 Nr. 1, 105 Abs. 1 wirksam keinen Gfktsvertrag des von uns entwickelten Typus abschließen. Vor der strengen deliktischen Haftung ist der Gefällige, wenn er selbst das siebente Lebensjahr noch nicht vollendet hat, durch die Vorschrift des § 828 Abs. 1 geschützt, die seine Verantwortlichkeit generell ausschließt.

Für Minderjährige, die das siebente Lebensjahr vollendet haben, kommt es darauf an, ob ihnen der Abschluß des Gfktsvertrages ohne Leistungspflicht lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt (§§ 106, 107). Ist diese Voraussetzung gegeben, so können sie den Vertrag allein schließen. Andernfalls bedürfen sie der Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters (§ 108).

Auf der Seite des Gefälligen ist der Abschluß des Gfktsvertrages ohne Leistungspflicht nicht lediglich vorteilhaft. Denn er begründet zwar keine Leistungspflicht, wohl aber Nebenpflichten (Schutzpflichten), deren schuldhafte Verletzung zum Ersatz eines Neben- oder Vertrauensschadens verpflichtet, und schließt Ansprüche wegen ungerechtfertigter Bereicherung aus. Bei Minderjährigkeit des Gefälligen hängt die Wirksamkeit des Gfktsvertrages also von der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters des Gefälligen ab. Das kann problematisch werden, wenn ein Minderjähriger ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters eine Gfkt erweist und der Gfkts-

empfänger die Minderjährigkeit nicht kennt. Nimmt beispielsweise ein Minderjähriger einen Fremden, nachdem er mit diesem gemeinsam den Abend in einer Gastwirtschaft zugebracht hat, im Zustand alkoholbedingter Fahruntüchtigkeit in seinem Kraftfahrzeug mit und kommt es anschließend zu einem Unfall, bei dem der Fremde verletzt wird, so kann der Fremde, wenn er von der Minderjährigkeit des Fahrers - etwa bei der Feststellung der Personalien - erfährt, nach dem Wortlaut des § 109 den Gfktsvertrag widerrufen. Dadurch würde der - nach unserer Auffassung - durch den Vertrag bedingte Ausschluß der deliktischen Haftung unter dem Gesichtspunkt des sog. Handelns auf eigene Gefahr nachträglich beseitigt. Das ist ein unangemessenes Ergebnis. Es kann aber durch eine restringierende teleologische Auslegung des § 109 vermieden werden. § 109 beruht nämlich auf der Erwägung, daß dem anderen Teil aus seiner Gebundenheit ein positiver Vermögensschaden entstehen kann, während für den Minderjährigen nur das Entgehen eines möglichen Gewinns in Frage sei.[342] Dieser Gedanke trifft auf Gfktsverträge nicht zu. Denn bei diesen ist für den Gefälligen nicht das Entgehen eines Gewinns in Frage, der Widerruf führt vielmehr dazu, daß mit rückwirkender Kraft die volle Deliktshaftung eintritt, ohne daß der Minderjährige jetzt noch von dem Gfktserweis Abstand nehmen könnte. Dieses Ergebnis würde dem Sinn und Zweck der §§ 104 ff., den Minderjährigen zu schützen, zuwiderlaufen. Für den Bereich der Gfktsverträge kann daher § 109 Abs. 1 nicht angewendet werden. Verweigert allerdings der gesetzliche Vertreter in unserem Bei-

342) So die Protokolle I, S. 61.

spielsfall die Genehmigung, etwa um den Fremden auf Zahlung einer Vergütung (als Wertersatz nach §§ 812, 818 Abs. 2) in Anspruch zu nehmen, so haftet der minderjährige Gefällige nach allgemeinen Grundsätzen.

Für den Gfktsempfänger ist der Abschluß eines Gfktsvertrages ohne Leistungspflicht dagegen lediglich vorteilhaft. Ein Nachteil im Sinne des § 107 kann zunächst nicht darin gesehen werden, daß die Entgegennahme der Gfkt rein tatsächlich notwendigerweise mit einer Interessenexponierung verbunden ist, wie es Maria Diele in ihrer Dissertation hinsichtlich der Mitnahme im Kraftfahrzeug tut.[343] Denn die Interessenexponierung ist unabhängig davon, ob dem Gfktserweis ein wirksamer Vertrag zugrunde liegt oder nicht. Das Risiko ist nicht eine Folge des Vertrages. Es handelt sich insoweit überhaupt nicht um einen rechtlichen Nachteil.

Ein rechtlicher Nachteil könnte nur darin gesehen werden, daß infolge des Vertrages die deliktische Haftung des Gefälligen eingeschränkt wird. Diese rechtliche Wirkung ergibt sich aber nicht unmittelbar aus dem Vertrag, sondern erst aus der Ausgestaltung der Lehre von der Anspruchskonkurrenz, nach der die vertragliche Haftung wegen der Verletzung von Schutzpflichten und die deliktische Haftung gegeneinander zunächst selbständig sind, aber diese durch jene modifiziert wird. Diese Wirkung tritt nicht kraft privatautonomer Gestaltung, sondern kraft objektiven Rechts ein. Sie stellt nur eine mittelbare Folge des Vertragsschlusses dar.[344]

---

343) Diele, Diss., S. 94.

344) Im Ergebnis für die Gfktsfahrt ebenso: Müller, Diss., S. 33.

Das Ergebnis wird dadurch bestätigt, daß die herrschende Meinung die Annahme einer Schenkung, wenn sie nicht gerade mit einer Auflage verbunden ist, trotz der Haftungsbeschränkung des Schenkers nach § 521 als lediglich rechtlich vorteilhaft ansieht[345] und daß sie die ausschließliche Vorteilhaftigkeit bei der Leihe nicht im Hinblick auf die Haftungsbeschränkung des Verleihers (§ 599), sondern auf die Obhutspflicht des Entleihers, verneint, und ebenso bei der unentgeltlichen Verwahrung nicht im Hinblick auf § 690, sondern auf die Pflicht des Hinterlegers zum Aufwendungsersatz und zur Anzeige einer gefahrdrohenden Beschaffenheit (§§ 693, 694).[346]

II. Der Anwendungsbereich des Typus eines Gfktsvertrages ohne Leistungspflicht

1. Abgrenzung gegen einen möglichen vertragsfreien Raum

Im folgenden bleibt die bisher zurückgestellte Frage zu behandeln, ob jedes Gfktsverhältnis zumindest als Gfktsvertrag ohne Leistungspflicht gedeutet werden kann, oder ob dies bei bestimmten Gfktsverhältnissen aus Gründen des allgemeinen Vertragsrechts nicht möglich ist. Hier ist zunächst auf das Institut der Offerte an jedermann hinzuweisen, mit dessen Hilfe die Annahme eines Vertrages ermöglicht wird,

---

345) Staudinger-Coing, Rdn. 7 zu § 107; Siebert-Seydel, Rdn. 1 zu § 107; Palandt-Danckelmann, 2 zu § 107.

346) Staudinger-Coing, Rdn. 7 zu § 107; Oertmann I, 3. Aufl. 1927, 3. e) 1) zu § 107; Lange, NJW 1955, 1340, Note 25.

wenn jemand ein Grundstück auf eine allgemeine Erlaubnis des Eigentümers oder Mieters hin benutzt.[347] Wenn Staudinger-Riedel sich in einem solchen Fall gegen die Annahme eines Vertragsschlusses aussprechen, weil es dem Anbietenden jederzeit freistehen müsse, das Angebot zurückzuziehen,[348] so spricht dies nicht gegen die Annahme eines Vertrages ohne Leistungspflicht.

Im übrigen geht es um die Frage, ob das Vertragsrecht prinzipiell unbegrenzt ist, oder ob es einen "vertragsfreien Raum" gibt. Wir haben im I. Teil der Untersuchung dargestellt, daß die herrschende Meinung in der Literatur die Vertragsnatur des Gfktsverhältnisses (einen Gfktsvertrag im Sinne einer selbständigen Haftungsgrundlage) nur unter bestimmten Voraussetzungen anzuerkennen bereit ist.[349] Läßt man dabei die von uns als unzutreffend erkannten Abgrenzungsmerkmale beiseite, so handelt es sich hierbei um die Merkmale (3) bis (5) (oben S.30 ff.). Danach soll es für die Vertragsnatur des Gfktsverhältnisses auf die Form und die begleitenden Umstände sowie auf die sozialen Beziehungen der Parteien zueinander ankommen. Ein Vertrag soll nicht anzunehmen sein bei den Gfkten des täglichen Lebens und bei gewissen Zuwendungen im Rahmen der Bewirtung eines Gastes. Es fragt sich, ob diese Merkmale einen vertragsfreien Raum bezeichnen in dem Sinne, daß sie

---

347) Enneccerus-Lehmann, § 140 Ziff. 2, Fußnote 1, S. 588.

348) Anm. 4 vor§ 598.

349) Siehe oben S. 25 ff.

auch die Annahme eines Gfktsvertrages ohne Leistungspflicht, aber mit Haftung für Nebenschäden und für Vertrauensschäden, ausschließen, oder ob sich ihre Bedeutung darin erschöpft, daß sie die Annahme einer vertraglichen Leistungspflicht ausschließen.

Das letztere ist aus folgenden Gründen der Fall:

a) Es ist anerkannt, daß auch diejenigen Gfktsabreden, die nach diesen Abgrenzungskriterien in den vertragsfreien Raum fallen würden, ein Rechtsgrundverhältnis schaffen. Wir haben schon oben[350] darauf hingewiesen, daß von Blume und Enneccerus bei einer Gfkt auch dann, wenn keine Leistungspflicht besteht, einen Vertrag annehmen, der den Leistungen einen Rechtsgrund geben soll. Sie erstrecken diese rechtliche Würdigung auch auf das Verhältnis des Gastgebers zu seinem Gast. Wenn Reuß demgegenüber neuerdings[351] für diesen Fall die Annahme eines Vertrages, der ein Rechtsgrundverhältnis schafft, ablehnt, so läßt er eine Begründung hierfür vermissen, stützt sich vielmehr auf die rein gefühlsmäßige Erwägung, daß es "wenig angemessen" zu sein scheine, bereits in dieser Gruppe rechtliche Konstruktionen zu suchen, um mit ihnen begründen zu können, warum der Gfktsempfänger dauernd in dem Genuß des Geleisteten bleibe, obwohl er nichts bezahlt habe.

Nicht einleuchtend ist es auch, wenn man die Gfkten des täglichen Lebens wegen ihrer Alltäglichkeit aus

---

350) S. 92

351) in seiner Note 264 (S. 92) zitierten Abhandlung: AcP 154, S. 494/495.

dem Vertragsrecht ausscheiden will.[352] Die Alltäglichkeit ist bei vielen Vorgängen gegeben, ohne daß man an deren Vertragsnatur zweifelt. So wenn jemand ein Päckchen Zigaretten am Automaten zieht oder im Vorbeigehen am Kiosk "seine" Tageszeitung "mitnimmt". Hier kommen trotz der Alltäglichkeit und verhältnismäßigen Bedeutungslosigkeit der Vorgänge Kaufverträge zustande. Wenn man weiterhin darauf abstellt, daß es an einem Versprechen fehle, weil eben wegen der sofortigen Vornahme der Handlung keine Wirkung für die Zukunft übrig bleibe,[353] so faßt man allein die Leistungspflicht ins Auge und übersieht, daß sich der Inhalt eines Vertrages auch in der Schaffung eines Rechtsgrundes erschöpfen kann.

b) Es ist anerkannt, daß auch bei denjenigen Gfkten, die in den vertragsfreien Raum fallen würden, grundsätzlich eine Haftung für Nebenschäden stattfindet. So führte Fischer in seiner Dissertation aus, es gäbe keine Gfktsverhältnisse, die unter der "Schwelle des juristischen Bewußtseins" lägen.[354] Die Rechtsprechung zur Gfktsfahrt weist zahlreiche Beispiele auf, in denen trotz einer vorhandenen verwandtschaftlichen oder freundschaftlichen Bindung der Parteien eine Haftung für Nebenschaden angenommen worden

---

352) Siehe oben S. 30 zu (4).

353) Siehe oben a.a.O.

354) S. 26. Die Formulierung in Anführungsstrichen stammt von Kuhlenbeck, JW 1908, 702.

ist.[355] Wenn die Rechtsprechung in weitem Umfang

---

355) In seinem Urteil vom 19.11.1955 (VersR 1956, 48 ff.) räumt der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs der Tatsache, daß der Geschädigte der Schwiegervater des Schädigers war, keinen Einfluß auf die deliktische Haftung ein (insbes. S. 49 zu 2.). Im Urteil vom 24.9.1957 (VRS 13, 401, Nr. 168) läßt derselbe Senat die Tatsache, daß der Fahrer mit dem Fahrgast befreundet war, für einen Ausschluß der deliktischen Haftung für "gewöhnliche" Fahrlässigkeit nicht ausreichen (zu II, S. 403). Im Urteil v. 13.6.1961 (VersR 1961, 846 ff.) hält er eine deliktische Haftung des minderjährigen Sohnes gegenüber seinem im Kraftfahrzeug mitfahrenden Vaters, in dessen Haushalt er lebt, für möglich. Im Urteil vom 21.6.1963 (VersR 1963, 1080, Nr. 718) bejaht er eine deliktische Haftung des Fahrers eines Kraftfahrzeugs, obgleich die unentgeltlich mitgenommene Klägerin zu ihm intime Beziehungen unterhielt. Im Urteil vom 9.2.1965 (NJW 1965, 1075 ff., Nr. 3) schließlich führte er aus (S. 1076): "Aus dem gesellschaftlichen Charakter der Fahrt und den verwandtschaftlichen Beziehungen zu den Geschädigten läßt sich... ein Grund zur Einschränkung der Haftung rechtlich nicht herleiten".

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs führte in seinem Urteil vom 16.4.1964 (VRS 27, 1 ff., Nr. 1) betr. eine Gfktsfahrt aus (S. 6): "Auch bei Bestehen enger persönlicher Beziehungen unter den Beteiligten - selbst bei Ehegatten und sonstigen nahen Angehörigen - wird bei dem vorliegenden Fall vergleichbaren Sachverhalten nicht ohne weiteres eine stillschweigende Vereinbarung über einen Haftungsausschluß angenommen werden können". Insbesondere sei bei Bestehen einer Haftpflichtversicherung ein Haftungsausschluß als stillschweigend in der Regel nicht anzunehmen, soweit die Schäden durch die Versicherung gedeckt seien.

Siehe auch das OLG Celle (Urteil vom 4.4.1960, MDR 1961, 55, Nr. 72): "Die Tatsache allein, daß die Parteien befreundet waren, schon öfter gemeinsame Fahrten mit dem Krad unternommen hatten und auch diese Fahrt zum gemeinsamen Vergnügen unternahmen, läßt diese Schlußfolgerung (auf einen stillschweigenden Haftungsausschluß) noch nicht zu".

eine vertragliche Haftung für Nebenschäden ablehnt, so hat sie dabei die Unangemessenheit der Anwendbarkeit des § 278 im Auge. Jedenfalls ging es in nahezu allen Urteilen, in denen die Frage der Vertragsnatur der Gfkten behandelt wurde, praktisch um die Frage der Gehilfenhaftung.[356] Daß es der Rechtsprechung um diese geht, nicht um einen möglichen vertragsfreien Raum, läßt sich auch mit dem Urteil des I. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 22.6.1956[357] belegen. Der Bundesgerichtshof bezieht sich in diesem Urteil mehrfach auf die Ansicht Heinrich Lehmanns. Mit diesem geht er aber nicht in der Frage der Haftungsgrundlage, sondern lediglich in der Frage der Anwendbarkeit des § 278 einig. Denn während der Bundesgerichtshof der Gfkt unter bestimmten Voraussetzungen einen "rechtsgeschäftlichen Charakter" zuerkennen will, befürwortet Heinrich Lehmann gerade die Annahme eines gesetzlichen Schuldverhältnisses. Anscheinend meint der Bundesgerichtshof, wenn er eine

---

356) So im Urteil vom 13.12.1906 (RGZ 65, 17 ff., siehe schon oben S. 3), in dem der VI. Zivilsenat erstmals ausführte, die Gestattung des Mitfahrens auf einem Kraftfahrzeug sei "ein bloß tatsächlicher Vorgang ohne rechtliche Bedeutung". So auch im Urteil vom 25.1.1915 (Warneyer Rspr 1915, Nr. 126, S. 180 ff. = LeipzZ 1915, 831 = Recht 1915, Nr. 1327), in dem es für den zu entscheidenden Fall einen "rein tatsächlichen Vorgang" annahm. So schließlich auch im Urteil vom 22.11.1934 (RGZ 145, 390 ff. = JW 1935, 1021 ff., Nr. 9, siehe schon oben Note 74), in dem es ausführte, die Prüfung, ob ein bestimmter tatsächlicher Vorgang Rechtscharakter annehme oder außerhalb des Rechtsbodens verbleibe, könne nicht entbehrt werden. Siehe ferner die Entscheidungen oben Noten 281 bis 285.

357) Siehe oben S. 78.

Haftung als "rechtsgeschäftlich" bezeichnet, nicht den Entstehungstatbestand, d. h. die rechtsgeschäftliche (vertragliche) Haftungsgrundlage, sondern die Ausgestaltung dieser Haftung, namentlich die gesteigerte Verantwortlichkeit nach Maßgabe des § 278.

Wir haben aber bei der Entwicklung des Typus eines Gfktsvertrages ohne Leistungspflicht dargelegt, daß die Anwendbarkeit des § 278 nicht schon mit der Bejahung der vertraglichen Haftungsgrundlage gegeben ist, daß vielmehr bei diesem Vertragstypus eine objektive Haftung für das Verschulden von Hilfspersonen ausgeschlossen ist.[358] Die Unangemessenheit der Anwendbarkeit des § 278 zwingt also nicht zur Verneinung der vertraglichen Haftungsgrundlage schlechthin, sondern lediglich zur Verneinung eines verpflichtenden Vertrages.

Die Annahme einer vertraglichen Haftung für Nebenschäden bringt es allerdings mit sich, daß nicht nur für Körperverletzung und Sachbeschädigung, sondern auch für eine unmittelbare Vermögensbeschädigung gehaftet wird. Daran hat sich die Rechtsprechung bisher aber nicht gestoßen. So lehnte das OLG Rostock im Beispielsfall 15 die Annahme eines Vertrages nicht deshalb ab, weil es eine Haftung des Nachbarn für Nebenschäden in der Form reiner Vermögensschäden als unangemessen erachtete (eine solche Haftung war allerdings auch nicht geltend gemacht), sondern weil die Parteien keine Verpflichtung des Nachbarn (zur Leistung) hätten begründen wollen (auf die es für die Entscheidung ebenfalls nicht ankam).[359]

---

358) Oben S. 102 ff. (zu a)).

359) OLG 40, 320 ff.

c) Die Haftung auf das Vertrauensinteresse[360] findet ihre notwendige Begrenzung in § 253, so daß es der Annahme eines vertragsfreien Raums nicht bedarf. Dabei muß allerdings bemerkt werden, daß die Rechtsprechung für die Annahme eines Vermögensschadens nicht in jedem Fall eine konkrete Vermögensminderung oder den Verlust konkreter Gewinne verlangt. So hat der Bundesgerichtshof eine Entschädigung in Geld für die Beeinträchtigung von Urlaubsfreuden auf einer Seereise, die der Betreffende bezahlt hatte, gewährt.[361] Jedenfalls kann aber nach § 253 eine Entschädigung in Geld nicht verlangt werden, wenn der Bekannte im Beispielsfall 5 [362] beispielsweise an einer Familienfeier teilnehmen, einen Freund besuchen oder eine Sehenswürdigkeit besichtigen wollte.

2. Abgrenzung des Anwendungsbereichs des Gfktsvertrages ohne Leistungspflicht gegen den Anwendungsbereich des verpflichtenden Gfktsvertrages

Ein Gfktsversprechen und dessen Annahme begründen in aller Regel nur einen bloßen Gfktsvertrag.[363] Ein verpflichtender Vertrag liegt nur in seltenen Ausnahmefällen vor. Hierbei spielt die Form des Versprechens eine entscheidende Rolle. Kohler trifft das Richtige, wenn er meint, daß es ein Symptom für rechtliche Verbindlichkeit sei, wenn das Versprechen präzis und

---

360) Siehe oben S. 118 ff. zu 4.

361) BGH NJW 1956, 1234. Fundstellen von Entscheidungen der Instanzgerichte siehe bei Hans Stoll in JuS 1968, 511, Fußnote 62.

362) Siehe oben S. 16.

363) Siehe oben Note 6.

bündig, nicht allgemein und unbestimmt erfolge; wenn es in der Form erfolge, in der geschäftliche Dinge abgemacht zu werden pflegten; in der Umgebung und mit den Kautelen, die beim Geschäftsabschluß üblich seien[364]. Besonders deutlich wird die rechtliche Verbindlichkeit, wenn eine spezifisch rechtliche Erklärungsform, wie die der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, gewählt worden ist. Dem entsprechend führen Palandt-Gramm aus, die Formvorschrift des § 518 bezwecke nicht nur die Verhütung übereilter Schenkungsversprechen, sondern auch die Klarstellung, ob ein ernstlich gemeintes (richtiger: rechtlich verbindliches) Versprechen vorliege.[365]

Was die Frage der dogmatischen Begründung dieser Abgrenzung betrifft, so können wir im Rahmen dieser Arbeit nicht zur Theorie der Willenserklärung Stellung nehmen. Wir wollen aber auf die Arbeit Pawlowskis: "Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen", insbesondere auf deren Zweiten Teil, hinweisen. Pawlowski hat hier nachzuweisen versucht, daß sich der autonome Wille als der rechtserzeugende Wille, als der Wille, der Recht setzt, darstellt und daß dieser Wille demgemäß durch das Recht bestimmt ist.[366] Damit ist eine Möglichkeit gegeben, die Abgrenzung zwischen verpflichtenden Gfktsverträgen und

---

364) AbR 12, 23.

365) Anm. 1 zu § 518.

366) a.a.O. S. 251. Siehe schon oben S. 42/43, insbesondere S. 43.

bloßen Gfktsverträgen auf den Parteiwillen selbst zurückzuführen: Wenn der Parteiwille durch das Recht bestimmt ist, dann ist er auch durch die sozialpsychologischen Befunde bestimmt, mit denen die Gesellschaft an der Ausbildung ungeschriebenen Rechts teilnimmt. Dann "will" der Gefällige sich nur dann verpflichten, wenn die Gesellschaft (der "Verkehr") seine Erklärung auch als verpflichtend ansieht. In dieser Weise, nicht aber auf der Grundlage einer empirisch-psychologischen Betrachtungsweise, läßt sich die Theorie des rechtlichen Verpflichtungswillens aufrechterhalten.

L e b e n s l a u f

Am 16. April 1939 wurde ich als Sohn des Bauassessors Dipl.-Ing. Erhard Kallmeyer und seiner Ehefrau Carla, geborene Roggenbuck, in Berlin geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Im Jahre 1940 siedelten meine Eltern nach Hannover über. Dort besuchte ich von Ostern 1946 bis Ostern 1950 die Volksschule, anschließend die Leibnizschule, ein mathematisch-naturwissenschaftliches und neusprachliches Gymnasium. An ihr bestand ich am 18. Februar 1959 die Reifeprüfung.

Ich studierte an den Universitäten Heidelberg (3 Semester), München (2 Semester) und Göttingen (4 Semester) Rechtswissenschaft und bestand am 8. Februar 1964 vor dem Prüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Celle die erste juristische Staatsprüfung. In den Jahren 1964 bis 1968 leistete ich im Bezirk des Oberlandesgerichts Celle den juristischen Vorbereitungsdienst.

Bönecke - Druck - Clausthal-Zellerfeld Postfach 29